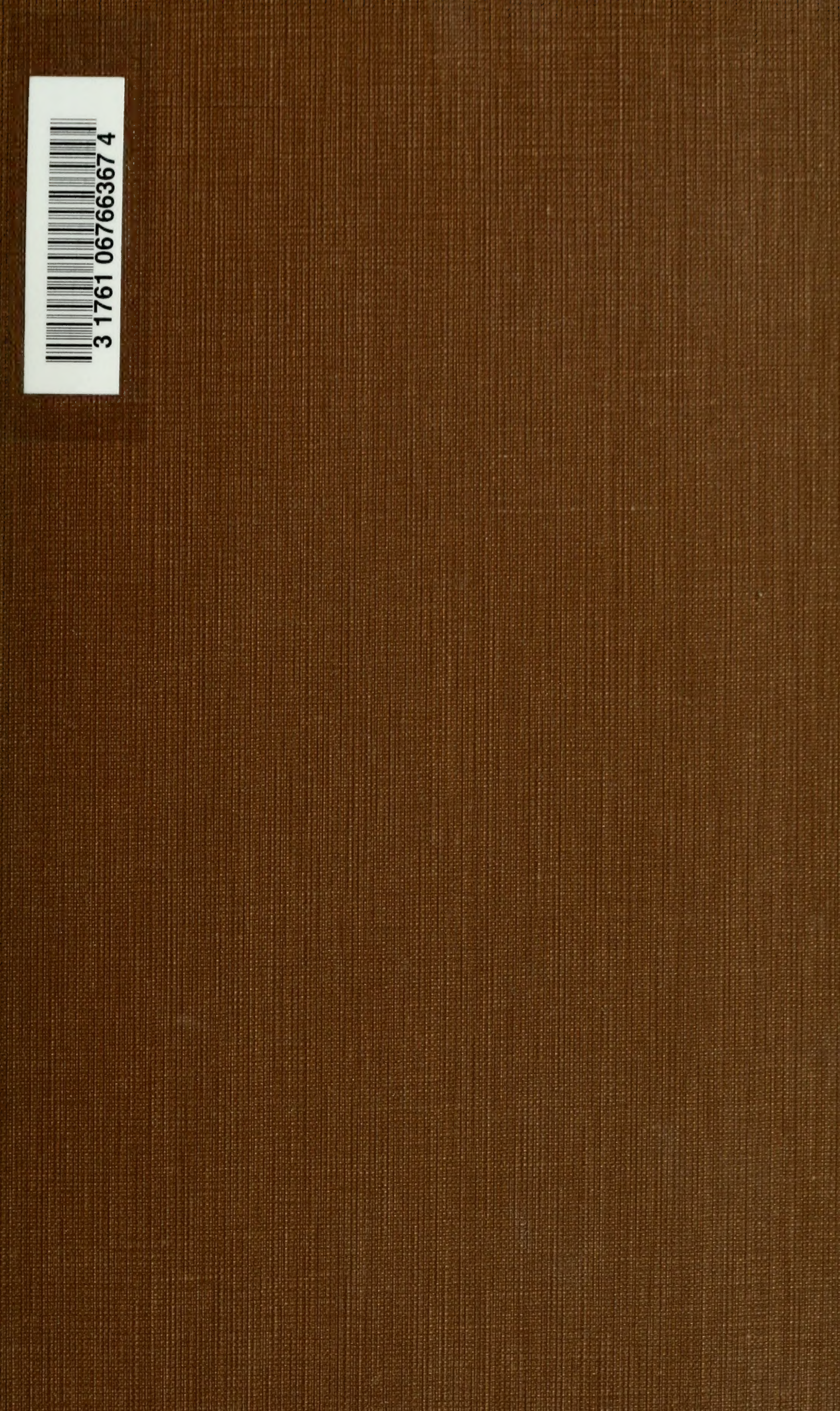

3 1761 06766367 4

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Ottawa

http://www.archive.org/details/introductionl00mora

INTRODUCTION

A L'ÉTUDE DU

DROIT MUSULMAN ALGÉRIEN

2

INTRODUCTION

A L'ÉTUDE DU

DROIT MUSULMAN

ALGÉRIEN

PAR

Marcel MORAND

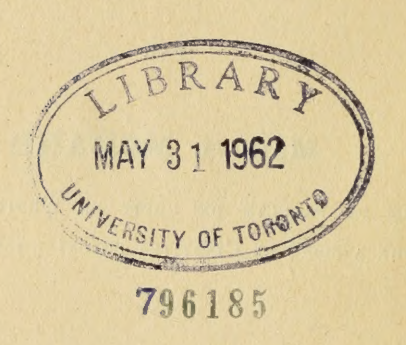
DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'ALGER
MEMBRE ASSOCIÉ DE L'INSTITUT COLONIAL INTERNATIONAL

ALGER
ANCIENNE MAISON BASTIDE-JOURDAN
JULES CARBONEL
IMPRIMEUR-LIBRAIRE-ÉDITEUR

1921

4

K
M8293I5



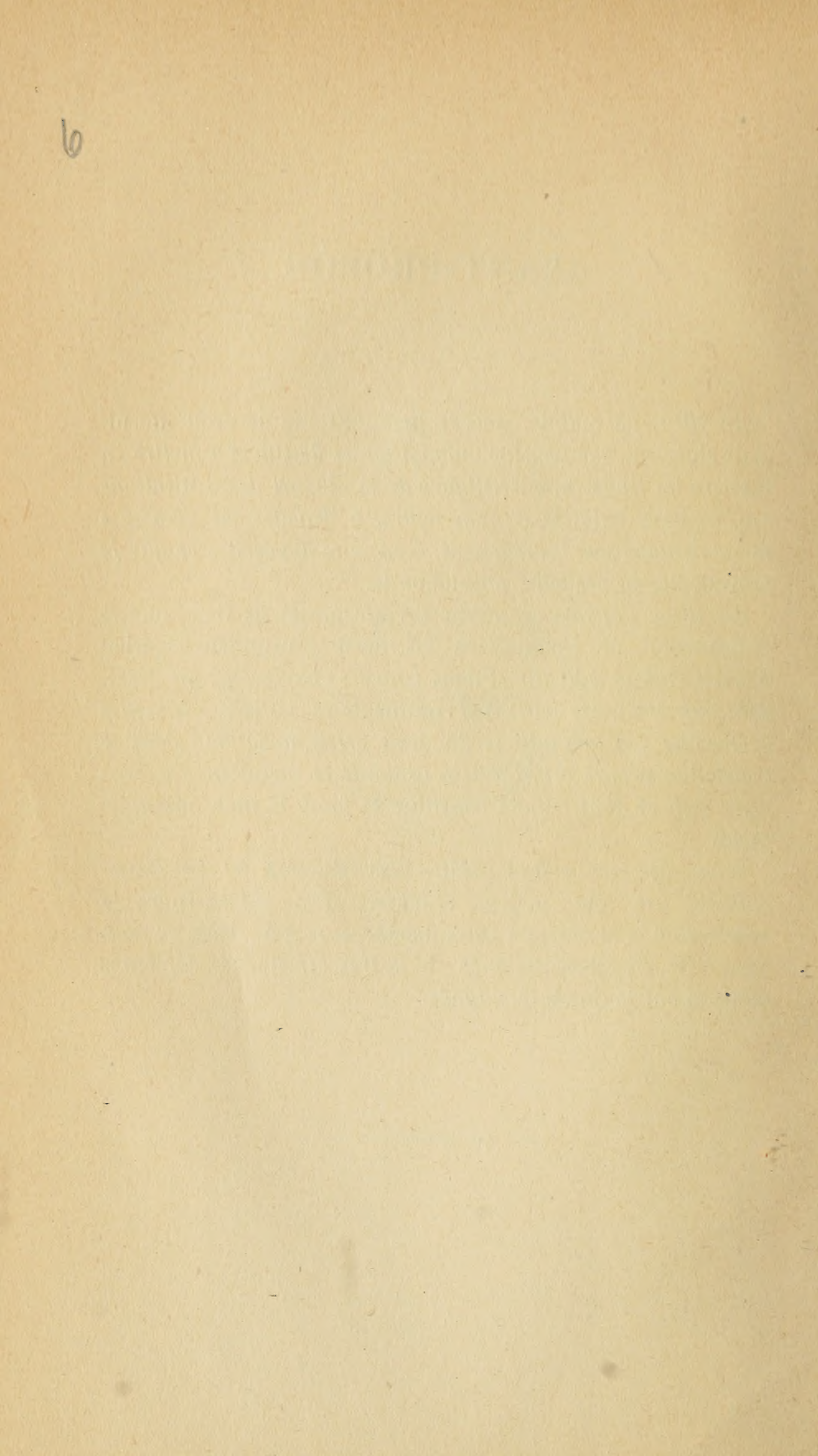
796185

AVANT-PROPOS

*En 1910, j'ai publié, sous le titre d'*Etudes de droit musulman algérien, *une série de monographies destinées à mettre en lumière les traits caractéristiques de la plupart des institutions musulmanes étudiées à mon cours, à dégager les principes fondamentaux qui les régissent, à en faire apparaître ce que je croyais être la véritable physionomie.*

*En 1916, j'offrais au public l'*Avant-projet de Code *que la* Commission de Codification du droit musulman algérien *m'avait chargé d'établir et dans lequel se trouvaient précisées, avec indication des sources et commentaire, les règles spéciales à chacune des institutions du droit privé musulman dont la législation propre à l'Algérie a ordonné le maintien en territoire civil et dont l'étude constitue le fond de mon enseignement.*

*Seule, dès lors, restait inédite l'*Introduction *à mon cours. Sollicité par mes anciens étudiants d'en entreprendre la publication, j'ai déféré à leurs instances. Je leur dédie ce nouveau livre en reconnaissance de la très affectueuse déférence qu'ils m'ont toujours témoignée.*


6

ERRATA

P. 51, ligne 4, au lieu de : matiere de la vérité, — lisez : matière de la vente.

P. 58, notes 3 et 4, au lieu de : il semble bien qu'en France, M. Fagnan ait été un des premiers à signaler ce fait, — lisez : Il semble bien qu'en France, M. Fagnan ait été un des premiers à signaler ce fait de *l'importance du rôle attribué, par certains docteurs, à la coutume dans la formation du droit.*

P. 72, lignes 11 et 12, au lieu de : applani, — lisez : aplani.

P. 101, dernière ligne, au lieu de : dont la capitale fut *Sidjilmessa* (fondée en l'an 722...), — lisez : dont la capitale fut *Sidjilmessa* (fondée en l'an 757...).

P. 110, ligne 1, supprimez : 2°.

P. 121, ligne 25, au lieu de : exellents, — lisez : excellents.

P. 168, ligne 14, au lieu de : *h'alka't,* — lisez : *h'alk'at.*

P. 172, ligne 5, au lieu de : et, aussi, le dernier, car c'est *Mohammed...* — lisez : et, aussi, le dernier des *imams* visibles et le premier des *imams* cachés, car c'est Mohammed...

Lignes 19 et 20, au lieu de : a été considéré par ses fidèles comme une réincarnation du septième *imam,* — lisez : a été considéré par ses fidèles comme un descendant du septième *imam* et une incarnation du *Madhi.*

PRÉLIMINAIRES

I

Les indigènes de l'Algérie. -- Lois qui les régissaient avant leur soumission à la France

10

I

LES INDIGÈNES DE L'ALGÉRIE

LOIS QUI LES RÉGISSAIENT AVANT LEUR SOUMISSION A LA FRANCE

1. — Les indigènes de l'Algérie, avant leur soumission à la France et en tant qu'il s'agit du droit par lequel ils étaient régis avant cette époque, pouvaient être répartis en quatre groupes distincts : 1° Arabes, Maures, Turcs et Kouroughli ; 2° Kabyles, Chaouïa et Touareg ; 3° Mozabites ; 4° Israélites.

2. — Les *Arabes* n'étaient, pour la plupart, que des berbères arabisés. Les conquérants arabes du VIIe siècle, en effet, fort peu nombreux, n'ont point introduit, au Maghreb, de nouveaux éléments de population ; et, si la seconde invasion arabe, celle du XIe siècle, a déversé sur le Nord de l'Afrique, un demi-million d'émigrants, selon les uns, un million, suivant d'autres, les groupes d'envahisseurs étaient d'autant moins nombreux et compacts et se sont d'autant plus rapidement dispersés et mêlés aux populations autochtones, que ces envahisseurs étaient plus éloignés de leur point de départ et c'est tout au plus, si, à l'heure actuelle, en Algérie, l'élément arabe représente un dixième de la population musulmane (1).

Ces indigènes, arabes ou prétendus tels, occupaient les plaines du Tell et des steppes (2); ils y vivaient d'une vie, plus ou

---

(1) Wahl et Bernard, *L'Algérie*, p. 200. — Cf. Bernard et Lacroix, *L'évolution du nomadisme en Algérie*, p. 23.

(2) Bernard et Lacroix, *op. cit.*, p. 25.

moins sédentaire dans le Nord, et dans le Sud, plus ou moins nomade (1).

Les *Maures* étaient les indigènes habitant les villes ; ce n'était point une race, mais le résidu de toutes les races (2).

Les *Turcs* étaient les descendants des Turcs immigrés en Algérie au XVIe siècle après que l'un des frères Barberousse, *Kheireddin*, eut fait hommage, des territoires conquis par lui, au Sultan de Constantinople. Beaucoup d'entre eux furent expulsés et embarqués à destination de l'Orient peu de temps après la prise d'Alger.

Les *Kouroughli*, vulgairement appelés *Koulouglis*, étaient les indigènes nés des relations de Turcs avec des femmes du pays.

Tous ces indigènes, les Turcs et les *Kouroughli* aussi bien que les Arabes et les Maures, parlaient un dialecte arabe et étaient régis par la loi musulmane. Toutefois, tandis que les Arabes et les Maures suivaient le rite malékite, les Turcs et les *Kouroughli* obéissaient aux règles du rite hanéfite (3).

3. Les *Kabyles* étaient les Berbères non arabisés habitant les massifs montagneux de la grande et de la petite Kabylies, de la Kabylie du Djurjura et de la Kabylie des Babors.

Les *Chaouïa* étaient les Berbères non arabisés cantonnés dans l'Aurès.

Les *Touareg* étaient les Berbères non arabisés du Sahara, parcourant le désert et vivant principalement de razzias.

Ces Berbères non arabisés parlaient des dialectes berbères, *zouaoua* en Kabylie, *chaouï* dans l'Aurès, et *tamaheq* chez les

---

(1) *Eod. loc.*, p. 74 et suiv. — Cf. Wahl et Bernard, *op. cit.*, p. 204 et suiv.

(2) Wahl et Bernard, *op. cit.*, p. 210.

(3) « Le pouvoir judiciaire formait deux tribunaux. Il était composé de deux *Cady* et de deux *Muphty*, l'un *Maleky* et l'autre *Hanaphy*. La présidence fut donnée au *Hanaphy* parce que le Chef de l'Etat était un envoyé de la Porte Ottomane et que la Porte Ottomane est *Hanaphy*, et sa Cour considérée comme une Cour suprême ». (*Le Miroir*, p. 78). — Cf. Laugier de Tassy, *Histoire du Royaume d'Alger*, p. 234.

Touareg. Ils étaient musulmans, mais ils avaient conservé la plupart de leurs coutumes. Chez les Kabyles, notamment, ce n'était que dans le cas de silence de la coutume que la loi musulmane pouvait être appliquée (1).

4. — Les *Mozabites* étaient les indigènes du *Mzab* (2). Ils étaient d'origine berbère, parlaient, en même temps que le dialecte arabe d'Algérie, un dialecte berbère dit *zenatia*, et se rattachaient à la secte hérétique *Kharidjite Abadhite*, par le droit de laquelle ils étaient régis.

5. — Les *Israélites* étaient d'origines très diverses : juifs venant d'Orient, berbères convertis au judaïsme, juifs expulsés d'Espagne au XIVe et XVe siècles (3). Ils observaient les prescriptions du code rabbinique de *Karo* et de la Coutume de Castille.

6. — Tous ces indigènes algériens, par l'effet de l'annexion de l'Algérie à la France « manifestée implicitement par l'ordonnance du 22 juillet 1834 (4) » ont acquis la nationalité française ; mais ils n'ont acquis, par l'effet de cette annexion, que la nationalité française ; ils sont devenus des sujets et non des citoyens ; le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 l'a formellement reconnu. Il leur a fourni, toutefois, les moyens d'acquérir la qualité de citoyen (5). D'autre part, un décret du 24 octobre 1870 a conféré cette qualité aux « israélites indigènes des départements de l'Algérie ».

---

(1) Hanoteau et Letourneux, *La Kabylie et les Coutumes Kabyles*, t II, p. 136.

(2) Les villes du Mzab sont au nombre de sept : *Ghardaïa*, *Mélika*, *Bou-Noura*, *Beni-Isguen*, *El Ateuf*, *Berrian* et *Guerara*. Les cinq premières, seules, sont situées dans la vallée de l'Oued-Mzab.

(3) Cf. Slousch, *Hebræo-Phéniciens et Judéo-Berbères*.

(4) Larcher, *Traité élémentaire de Législation Algérienne*, 2e édit., t. II, n° 572.

(5) La loi du 4 février 1919 a fait, de cette acquisition, un droit pour certains indigènes.

II

Mesure dans laquelle les indigènes de l'Algérie sont demeurés soumis à leurs droit et coutumes

—

Juridictions qui ont mission d'appliquer ce droit et ces coutumes

16

II

MESURE DANS LAQUELLE LES INDIGÈNES DE L'ALGÉRIE SONT DEMEURÉS SOUMIS A LEURS DROIT ET COUTUMES

JURIDICTIONS QUI ONT MISSION D'APPLIQUER CE DROIT ET CES COUTUMES

7. — Du jour où l'indigène est devenu citoyen français il ne relève plus que de la loi française (1). Or, l'annexion de l'Algérie à la France, bien que ne conférant à l'indigène algérien que la qualité de sujet français, aurait dû, semble-t-il, avoir le même effet, puisque, sous l'empire de notre code civil, c'est de la nationalité de chacun que dépend sa loi personnelle (2). Mais, la capitulation du 5 juillet 1830 portant que « la liberté des habitants de toutes les classes, *leur religion, leurs propriétés, leur commerce et leur industrie* » ne recevraient aucune atteinte, — et, pour les israélites comme pour les musulmans, le droit et la religion étant étroitement unis, — les indigènes algériens ne furent point, tout d'abord, soumis à la loi française ; ils demeurèrent régis, même en matière pénale, par leurs lois et coutumes et conservèrent leurs tribunaux. Mais, c'était là une situation tout-à-fait anormale et qui ne pouvait être définitive ; et, à mesure que s'affermit l'autorité de la France, que se multiplient les relations entre Européens et Indigènes et que tombent ou s'atténuent les préventions que

(1) Sénatus-consulte du 14 juillet 1865, art. 1er. — Décret du 24 octobre 1870.

(2) Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, nos 146 et suiv.

pouvaient nourrir ces derniers à l'égard de nos institutions, l'on voit se restreindre (beaucoup plus rapidement pour les israélites que pour les musulmans) (1) le domaine d'application des anciennes lois et coutumes ainsi que la compétence des tribunaux indigènes maintenus en dépit de l'annexion.

Dès 1834, les israélites ne relèvent plus, en matière pénale que des lois et juridictions françaises, et, en matière civile, ils ne sont plus justiciables qu'exceptionnellement des tribunaux rabbiniques (2), qui disparaissent avec les ordonnances du 28 février 1841 et du 26 septembre 1842 (3).

Quant aux indigènes musulmans, ce n'est qu'avec les ordonnances du 28 février 1841 et du 26 septembre 1842, qu'ils se trouvent soumis, pour les crimes, délits et contraventions commis par eux, à la loi française et aux tribunaux français. Encore est-il bon de noter que l'article 44 de l'ordonnance du 26 septembre 1842 et l'article 2 du décret du 1er octobre 1854 maintenaient aux cadis le droit de connaître « de toutes les infractions commises par les musulmans, punissables selon les lois du pays, lorsque, d'après la loi française, elles ne constituent, ni crime, ni délit, ni contravention et que l'article 31 du décret du 29 août 1874 a conservé des pouvoirs identiques, jusqu'au moment de son passage au territoire civil, aux *djemaas* du cercle de Fort-National.

D'autre part, dans le domaine du droit privé, ce n'est que beaucoup plus lentement encore, que se restreignent l'étendue d'application de la loi musulmane et des coutumes indigènes ainsi que la compétence des anciennes juridictions.

Mais si, aujourd'hui encore, dans une assez large mesure, les indigènes musulmans de l'Algérie continuent à être régis

---

(1) Larcher, *op. cit.*, t. II, p. 352.

(2) Ordonnance du 10 août 1834, art. 43.

(3) Ordonnance du 28 février 1841, art. 50, et ordonnance du 26 septembre 1842, art. 32 et 49. Ce dernier article maintenait, toutefois, aux rabbins le droit de prononcer sur les infractions à la loi religieuse, lorsque, d'après la loi française, elles ne constituaient ni crime, ni délit, ni contravention. Mais toutes autres attributions leur étaient interdites.

par leurs lois et coutumes et à être justiciables de tribunaux musulmans, il n'en est pas moins vrai que, ces indigènes étant de nationalité française, la situation qui leur est ainsi faite, constitue une anomalie, et que les textes, qui la leur font, doivent être considérés comme consacrant un régime d'exception. Et ce qui établit péremptoirement que tel est bien l'esprit dans lequel ces textes ont été élaborés, c'est, notamment, ce fait que les indigènes musulmans peuvent toujours renoncer au bénéfice de cette situation et opter en faveur de la loi française et de la juridiction française, lorsqu'il s'agit de matières actuellement encore régies par la loi musulmane et de contestations sur lesquelles les juridictions indigènes sont encore autorisées à statuer (1). Ceci, toutefois, ne doit être entendu que sous le bénéfice des deux observations suivantes :

I. — Depuis quelque vingt ans, en France, il semble qu'une évolution se soit produite dans les esprits, que l'on soit porté, dans le domaine du droit privé, tout au moins, à faire une plus large place aux institutions indigènes, que le maintien de ces institutions n'apparaisse plus comme aussi précaire, et que, si nous n'avons pas complètement renoncé à l'espoir d'assimiler nos indigènes, nous soyons moins pressés de voir se réaliser cette assimilation (2).

C'est à n'en pas douter, de cette nouvelle manière de voir que procèdent les dispositions du décret du 25 mai 1892 qui organisent un pourvoi en révision, devant la cour d'Alger, contre les décisions en dernier ressort contraires « aux principes des droit et coutumes qui régissent les indigènes musulmans en ce qui concerne leur statut personnel, leurs successions et ceux de leurs immeubles dont la propriété n'est pas établie conformément à la loi du 26 juillet 1873, ou par un

(1) Décret du 17 avril 1889, art. 3 et 7. — Décret du 29 août 1874, art. 2.

(2) Cf. Girault, *Condition des indigènes au point de vue de la législation civile et de la distribution de la justice*, Congrès international de sociologie coloniale, 1900, t. I. p. 45. — Chailley, *Rapport présenté à l'Institut colonial international*, session de Londres : séance du 26 mai 1903.

titre français administratif, notarié ou judiciaire ». Ce décret, en effet, ne tend point seulement à assurer l'unité de jurisprudence en matière musulmane ; il oblige les magistrats de la cour d'Alger à veiller, en certaines matières, à la stricte application du droit musulman et des coutumes indigènes et, par là même, à condamner les tendances assimilatrices de certains tribunaux.

De même, l'on a songé, il y a quelques années, à restituer aux cadis le droit, que leur a retiré le décret du 10 septembre 1886, de connaître des contestations, entre indigènes, en matière personnelle et mobilière et que leur ont partiellement rendu, pour les audiences foraines, les décrets du 17 avril 1889, art. 7, du 25 mai 1892, art. 1, et du 11 juin 1894 (cf. Louis Vignon : *Un programme de politique coloniale. — Les questions indigènes*, p. 328 et suiv.). — De même, encore, à une époque toute récente, on a proposé de permettre aux indigènes d'acquérir la qualité de citoyen tout en conservant leur statut personnel et des juristes éminents, MM. *Berthélémy* et *Weiss*, professeurs à la Faculté de droit de Paris, ont déclaré n'être pas choqués « par des solutions qui concilieraient l'octroi de certains droits politiques et la conservation du statut musulman » (Moutet ; *Rapport fait au nom de la Commission des affaires extérieures, des Protectorats et des Colonies, chargée d'examiner les propositions de loi concernant l'accession des indigènes aux droits civils et politiques.* Chambre des Députés Annexes ; n° 4383, p. 95).

En sorte que les dispositions du droit algérien qui ont, en certaines matières, réservé l'application du droit musulman et des coutumes indigènes et laissé vivre, tout en limitant leur compétence, les tribunaux musulmans, ne se présentent plus à nous avec un caractère aussi accusé de dispositions exceptionnelles et provisoires, qu'à l'époque où elles ont été élaborées.

II. — Dans la mesure où le droit musulman et les coutumes indigènes sont demeurés applicables, ils doivent être appliqués même en celles de leurs dispositions qui sembleraient contraires aux principes d'ordre public reçus en France. Leur appli-

cation ne se heurte pas aux restrictions auxquelles est soumis, en France, l'application de la loi étrangère au profit de l'étranger. « Le Sénatus-Consulte de 1865, les décrets de 1866, de 1874, de 1886 et de 1889 proclament le maintien du droit musulman et des coutumes indigènes en termes tellement absolus qu'il faut reconnaître qu'ils s'appliquent alors même qu'ils blessent nos idées d'équité et nos croyances morales, alors même qu'ils contredisent aux dispositions de notre législation pénale » (1).

Il importe de remarquer, toutefois, que si le législateur français a, en un certain nombre de matières, soustrait les indigènes, bien que français, à l'empire de la loi française, c'est surtout dans un but politique, parce que les principes fondamentaux du droit musulman ayant été posés dans le Coran, il a voulu, en maintenant, en certaines matières, à nos sujets musulmans le bénéfice de leurs loi et coutumes, témoigner de son respect pour leurs croyances religieuses et se concilier ainsi leurs sympathies, tout au moins désarmer leur hostilité et leur faire accepter plus facilement notre domination. Dans de telles circonstances, même en une matière où le droit musulman ou la coutume indigène serait applicable, le droit musulman ou cette coutume indigène devrait être écartée si son application allait à l'encontre du but politique poursuivi par la France en Algérie et, notamment, était de nature à entraver l'œuvre de rapprochement entreprise par elle en ce pays. C'est ainsi qu'on ne saurait tolérer l'application, en Algérie, de cette règle du droit musulman qui interdit à la femme musulmane d'épouser un non-musulman et admettre que nos tribunaux tiennent pour nul et non avenu le mariage conclu entre une femme indigène et un français d'origine.

D'autre part, malgré que le droit musulman et les coutumes

(1) Larcher, *op. cit*, t. II, p. 407. — De très nombreuses décisions judiciaires, cependant, ainsi qu'on le verra par la suite, posent en principe que le juge français à le droit de substituer, dans l'application, la loi française à la loi indigène, lorsque les dispositions de celle-ci semblent contraires à la morale ou, même, simplement, inhumaines.

indigènes doivent s'appliquer, en principe, même en celles de leurs dispositions qui sont contraires à l'ordre public français, ces dispositions ne sauraient tenir en échec la loi française, quand il s'agit de règles de notre droit dont il apparaît que le législateur français a voulu imposer l'observation, même aux indigènes. Et, c'est à bon droit que le 2 juin 1910, le Tribunal de Tizi-Ouzou a jugé que, malgré que la coutume kabyle laissât libre le taux de l'intérêt conventionnel, la loi du 13 avril 1898, qui a limité le taux de l'intérêt à 8 %, s'appliquait à la Kabylie. Il résulte, en effet, des travaux préparatoires de cette loi qu'on a voulu réprimer l'usure aussi bien entre indigènes qu'entre européens. Cf. *Bul. J. paix Alg. Tun.*, 1912, p. 15).

Mais, en toute autre circonstance, l'application du droit musulman ou de la coutume indigène ne saurait être empêchée, en Algérie, sous prétexte que cette application porterait atteinte à l'ordre public français. — Et l'on peut même soutenir que le droit musulman et les coutumes indigènes s'appliquent aussi largement en France qu'en Algérie, attendu que le Sénatus-Consulte du 14 juillet 1865 ayant soumis l'indigène musulman à la loi musulmane, « cette loi, ainsi consacrée par un document législatif français, devient elle-même une loi française applicable à une certaine catégorie de Français » (1).

8. — Mais dans quelle mesure les indigènes de l'Algérie ont-ils conservé le bénéfice de leurs lois et coutumes et sont-ils demeurés justiciables de leurs tribunaux ?

Renvoyant en ce qui concerne ceux des Israélites algériens, qu'avec l'Administration et la Cour d'Alger, l'on peut tenir pour indigènes et sujets français, à l'excellent ouvrage de M. Larcher (2), nous n'envisagerons cette double question qu'à l'égard des indigènes musulmans.

Or, la situation des indigènes musulmans, à ce double point, varie suivant qu'il s'agit : 1° d'indigènes des territoires régis par le décret du 17 avril 1889 ; 2° d'indigènes des territoires

(1) Tr. Seine, 10 août 1893 ; *Rev. Alg.*, 1894. 2. 138. — Contrà, Larcher, *op. cit.*, t. II, p. 408, note 1.

(2) T. II, nº 582.

régis par le décret du 29 août 1874 ; 3° d'indigènes des territoires régis par le décret du 8 janvier 1870.

9. — *Indigènes musulmans des territoires régis par le décret du 17 avril 1889.* — Le décret du 17 avril 1889 est applicable dans tout le territoire civil, défalcation faite : 1° des ressorts judiciaires de Tizi-Ouzou et de Bougie (1) ; 2° des circonscriptions judiciaires musulmanes rattachées au territoire civil par les arrêtés du gouverneur général du 16 décembre 1905 et ceux qui ont suivi (2), tels que les arrêtés du 15 novembre 1912.

Les ressorts judiciaires de Tizi-Ouzou et de Bougie englobent la grande et la petite Kabylies et sont, au double point de vue qui nous occupe, régis par le décret du 29 août 1874.

Les circonscriptions judiciaires musulmanes rattachées au territoire civil par les arrêtés du 16 décembre 1905 et du 15 novembre 1912 sont celles du Kreider, de Tiaret, de Boghar, de Sidi-Aïssa, de Bou-Saâda, de Tébessa, de Khenchela et de Tkout. Elles demeurent, en principe, soumises aux dispositions du décret du 8 janvier 1870. Toutefois, elles peuvent être, par arrêtés du gouverneur général rendus sur la proposition du premier président de la Cour d'appel et du procureur général près cette Cour, intégralement placées sous l'empire du décret du 17 avril 1889 (3). C'est ainsi qu'un arrêté du gouverneur général en date du 18 février 1914 a rendu applicables aux territoires ressortissant aux mahakmas des *Ouled Kkeliff* (Oran), de *Sidi-Aïssa*, de *Bou-Saâda* (Alger) et de *Barika* (Constantine), les dispositions des décrets du 17 avril 1889 et du 25 mai 1892 (4).

Mais les ressorts judiciaires de Tizi-Ouzou et de Bougie mis à part, ainsi que les circonscriptions judiciaires musulmanes visées par le décret du 10 mars 1906, — le décret du 17 avril 1889 s'applique à tout le territoire civil de l'Algérie. Quant aux indigènes musulmans résidant sur ce territoire, ce sont pour la plupart, des Berbères arabisés ou des Arabes. Ce sont, aussi,

(1) Décret du 17 avril 1889, art. 72.
(2) Décret du 10 mars 1906, art. 1er.
(3) Décret du 10 mars 1906, art. 2.
(4) V. en outre, arrêté du 1er mai 1915.

des Berbères non arabisés ou mal arabisés, Kabyles des confins de la grande Kabylie, Chaouïa de l'Aurès ; ce sont, enfin, des Mozabites, groupés, pour la plupart, en communautés, dans certaines villes, principalement dans celles du littoral.

Or, à ces Musulmans, le droit musulman et les coutumes indigènes ne sont applicables qu'en certaines matières limitativement déterminées, qui sont :

1° *Statut personnel* (1). — Par là, il faut entendre l'ensemble des lois qui gouvernent l'état et la capacité des personnes (2), qui déterminent l'ensemble des qualités constituant leur individualité juridique et précisent les actes juridiques que, étant donné l'état de ces personnes, celles-ci sont admises à accomplir.

Et, le décret du 17 avril 1889 ayant réservé, en matière de statut personnel, l'application du droit musulman et des coutumes, il en résulte que c'est non pas le droit français, mais, le droit musulman orthodoxe ou abadhite, ou, encore, la coutume kabyle qui fixe, pour chaque musulman, suivant le groupe de musulmans auquel il se rattache, les conditions auxquelles il est apte à contracter mariage, ainsi que les effets de ce mariage, l'étendue de ses pouvoirs sur la personne et sur les biens de ses enfants, les causes et les effets de l'interdiction, etc...

2° *Statut successoral.* — Les musulmans sont régis par leurs droit et coutumes « en ce qui concerne leurs successions » (3).

Dès lors, lorsqu'une succession laissée par un musulman vient à s'ouvrir en territoire soumis à l'application du décret du 17 avril 1889, ce n'est point le droit français qui régit la dévolution de cette succession, mais le droit musulman ou la coutume indigène.

Mais de quel droit musulman, de quelle coutume s'agit-il ? La loi applicable à la dévolution de la succession est-elle la loi

(1) Décret du 17 avril 1889, art. 1er.

(2) Cf. Larcher, *op. cit.*, t. II, nos 574 et 601.

(3) Décret du 17 avril 1889, art. 1er.

personnelle du *de cujus*, ou bien celle de ses héritiers ? — Cette loi est-elle la loi du lieu où la succession s'est ouverte, c'est-à-dire celle du lieu où était domicilié le *de cujus* lors de son décès ? — Ou bien celle du lieu de la situation des biens, en sorte que la transmission des immeubles dépendant d'une succession laissée par un Kabyle domicilié en Kabylie, mais situés en pays arabe, s'opèrerait, non d'après la coutume Kabyle, mais conformément à la loi musulmane ?

La loi applicable en l'espèce, et la seule applicable, est la loi personnelle du *de cujus*. Les termes mêmes des art. 1 et 4 du décret du 17 avril 1889 ne permettent pas d'autre solution (1). C'est donc à tort que la jurisprudence a cru devoir appliquer, ici, la loi de la situation des biens (2).

D'autre part, dès l'instant qu'il s'agit d'une succession laissée par un musulman, la loi personnelle du *de cujus* s'applique ; il importe peu qu'il s'agisse d'une transmission testamentaire ou d'une transmission *ab intestat*, d'une succession mobilière ou d'une succession immobilière, et s'il s'agit d'une succession immobilière, que les immeubles qui en dépendent soient régis par la loi musulmane ou francisés, c'est-à-dire soumis définitivement à la loi française (3).

Toutefois, lorsque la succession laissée par un musulman est purement immobilière, ou comprend des immeubles en même temps que des meubles, si parmi ces immeubles, il en est de francisés, il ne peut être procédé que dans les conditions et formes prescrites par la loi française aux cessions, licitations et partages de droits successifs portant sur ces immeubles, et c'est la loi française qui détermine, alors, les effets des cessions, licitations et partages ainsi accomplis (4). — Et si, parmi

---

(1) « En ce qui concerne... les successions, les musulmans sont régis par les coutumes de leur pays d'origine ou par les coutumes du rite spécial auquel ils appartiennent ». (Décret du 17 avril 1889, art. 4).

(2) Alger, 31 mars 1908 (*J. Robe*, 1908. p. 206) ; J. de paix d'Alger (cant. nord), 16 juin 1909 (*Bul. Just. p. Algérie et Tunisie*, 1909, p. 150) ; J. de paix de Maison-Carrée, 21 juillet 1916 (*Rev. Alg.* 1918. 2. 98).

(3) Mascara, 4 novembre 1907 (*Rev. Alg.* 1898. 2. 34).

(4) Loi du 28 avril 1887, art. 4 et 18.

les immeubles de la succession il n'en est pas de francisés, mais qu'il faille pour procéder aux comptes, liquidation et partage de cette succession, recourir à l'intervention d'un officier ministériel, il n'y pourra être procédé que par les soins d'un officier ministériel français (1). Mais les actes, ainsi établis par l'officier ministériel français, demeurent tant au point de vue de leurs formes que de leurs effets, régis par la loi musulmane (2).

D'ailleurs, même au cas où la succession laissée par un musulman comprend des immeubles francisés et où sont, alors, applicables les articles 4 et 18 de la loi du 28 avril 1887, « c'est toujours le droit musulman qui est suivi en tout ce qui concerne l'ouverture de la succession, la détermination des successibles, l'ordre dans lequel ils viennent, la part à laquelle ils ont droit » (3).

3° *Statut réel immobilier.* — La loi musulmane et les coutumes indigènes ne régissent point, toutefois, tous les immmeubles appartenant à ces musulmans, mais seulement, « ceux de leurs immeubles dont la propriété n'est pas établie conformément à la loi du 26 juillet 1873 ou par un titre français, administratif, notarié ou judiciaire » (4).

Loi du 26 juillet 1873. — Elle a eu principalement pour but la constatation de la propriété privée dans les terres de propriété privée, et sa constitution dans les terres de propriété collective.

Titre français administratif. — Par là il faut entendre, outre les titres délivrés en exécution de la loi du 26 juillet 1873 : *a.* les titres délivrés en exécution de l'ordonnance du 21 juillet 1846, qui avait prescrit un recensement général des titres des propriétés rurales de l'Algérie ; — *b.* les titres délivrés en exécution des opérations de cantonnement entreprises après 1851 ; — *c.* les titres délivrés en exécution du Sénatus-consulte du

(1) Décret du 17 avril 1889, art. 52.

(2) Batna, 28 février 1902 (*J. Robe*, 1902, p. 110).

(3) Larcher, *op. cit.*, t. II, p. 442.

(4) Décret du 17 avril 1889, art. 1er.

22 avril 1863 ; — *d*. les titres délivrés en exécution de la loi du 28 avril 1887 ; — *e*. les titres délivrés en exécution de la loi du 16 février 1897, qui a organisé la procédure d'enquête partielle ; — *f*. les titres de concessions accordées par l'Etat ou établis à l'occasion de ventes ou d'échanges conclus avec l'Etat ; — *g*. certains arrêtés de séquestre (1).

Titre français notarié. — Cela ne s'entend que du titre établi par un notaire français instrumentant comme notaire français et procédant conformément à la loi française (2).

Titre français judiciaire. — C'est-à-dire toute sentence ou tout acte judiciaire émanant de magistrats français mais statuant en matière française ; ce qui exclut les jugements rendus par des juges français statuant en matière musulmane (3).

Lorsque la propriété d'un immeuble est ainsi établie par un titre français administratif, notarié ou judiciaire, cet immeuble est soumis définitivement à la loi française, encore qu'il appartienne à un musulman ; on le dit *francisé*. Il ne suffit pas toutefois, pour qu'il en soit ainsi, que le titre français mentionne, énonce le nom du propriétaire ; il faut de plus qu'il ait été dressé à l'effet de *constater* un transfert de propriété à son profit, qu'il *établisse* sa propriété (4). Mais, dès l'instant que la propriété d'un immeuble est *établie* par un titre administratif, notarié ou judiciaire, et que ce titre est un titre *français*, cet immeuble, à qui qu'il appartienne, ne relève plus que de la loi française.

D'autre part, il y a lieu de considérer comme soumis définitivement à la loi française les territoires dispensés, par l'arti-

---

(1) Cf. Larcher, *op. cit.*, t. III, n° 851.

(2) Batna, 28 février 1902 (*J. Robe*, 1902, p. 110) ; Orléansville, 8 mars 1904 (*Rev. Alg*. 1904. 2. 163).

(3) Alger, 20 novembre 1894 (*Rev. Alg*. 1895. 2. 41) ; Mascara, 9 juillet 1896 (*Rev. Alg*. 1897. 2. 171) ; Batna, 28 février 1902 (*Rev. Alg*. 1902. 2. 230).

(4) Loi du 26 juillet 1873, art. 3 et 17 ; — Décret du 17 avril 1889, art. 1er. — Cf. Larcher, *op. cit.*, t. III, n° 848.

cle 1er de l'ordonnance du 21 juillet 1846, des mesures de vérification prescrites par cette ordonnance (1).

En sorte qu'il ne suffit pas, pour qu'un immeuble soit régi par la loi musulmane, que cet immeuble appartienne à un musulman ; il faut de plus qu'il se trouve situé en dehors des territoire visés par l'art. 1 de l'ordonnance de 1846, et que la propriété ne s'en trouve pas établie par un titre opérant francisation.

Mais, lorsque ces différentes conditions se trouvent remplies, c'est d'après la loi musulmane ou les coutumes indigènes, et seulement d'après cette loi ou ces coutumes que se règle la question de savoir quelle est l'étendue des droits du propriétaire de cet immeuble, quels démembrements comporte son droit de propriété et de quels droits réels ce droit de propriété peut être grevé, de même que c'est la loi musulmane ou les coutumes indigènes qui, seules, régiront les conventions entre musulmans translatives de propriété ou constitutives de droits réels sur cet immeuble (2).

4° *Appréciation des faits, interprétation des conventions, admission de la preuve, dans les contestations en matière personnelle et mobilière* (3).

Telles sont les matières énumérées par les articles 1 et 2 du décret du 17 avril 1889 et dans lesquelles le musulman continue à être régi par ses lois et coutumes. Cette énumération est

---

(1) Sur l'extension donnée par la jurisprudence aux dispositions de l'art. 1er de l'ordonnance de 1846, cf. Larcher, *op. cit.*, t. III, n° 840.

(2) Malgré que les immeubles dont la propriété est établie par des titres délivrés en exécution des lois du 26 juillet 1873, du 28 avril 1887 et du 16 février 1897, soient soumis définitivement à la loi française, en sorte que le notaire français a, seul et à l'exclusion du notaire musulman, qualité pour recevoir les transactions les concernant, l'art. 16 de la loi du 16 février 1897 décide, cependant, que ces transactions pourront avoir lieu par actes du ministère des cadis, dans les territoires déterminés par arrêté du Gouverneur général. En fait, à l'heure actuelle, aucun arrêté de ce genre n'a encore été pris. — V. cependant, arrêté du 24 décembre 1903. — Cf. Larcher, *op. cit.*, t. III, p 142, note 3. — Alger, 28 février 1916 (*Rev. Alg.* 1918. 2. 40).

(3) Décret du 17 avril 1889 ; art. 2.

strictement limitative, car l'art. 2 de ce décret précise que *les musulmans sont régis par la loi française pour toutes les matières non réservées.* De là résulte, notamment, que la matière des obligations, même entre musulmans, est, en principe, régie par la loi française (1).

De plus, alors même qu'un musulman, se trouvant dans l'une des hypothèses prévues par l'art. 1 du décret du 17 avril 1889, serait en droit de réclamer l'application du droit musulman ou de la coutume indigène, ce musulman peut toujours renoncer expressément ou tacitement à cette application. La renonciation expresse résulte d'une déclaration « insérée, soit dans la convention originaire, soit dans une convention spéciale » (2). La renonciation tacite peut résulter, notamment, « à moins de déclaration contraire, de la réception de la convention originaire par un officier public français » (3).

Dans cette dernière hypothèse, toutefois, la renonciation ne saurait s'induire de l'intervention d'un officier public français, qu'autant que cette intervention n'était point imposée aux parties musulmanes et que celles-ci étaient demeurées libres de recourir au ministère d'un officier public musulman (4).

D'autre part, expresse ou tacite, la renonciation ne vaut jamais que pour une affaire déterminée et l'on ne saurait admettre qu'un musulman, à l'occasion d'un mariage conclu par lui, par exemple, renonçât complètement et définitivement à son statut personnel. L'art. 3 du décret du 17 avril

(1) Il est bon d'observer, toutefois, qu'en pareille matière, il y a toujours lieu de « rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes », et qu'il est assez naturel de supposer, quand des musulmans contractent, qu'ils entendent, dans la mesure où il leur est permis de le faire, placer leur convention sous l'empire de la loi musulmane ; en sorte que, dans les rapports de musulman à musulman, le droit français des obligations ne recevra, en fait, d'application qu'en celles de ses dispositions qui, étant d'ordre public, ont un caractère impératif (Cf., Morand, *Etudes de droit musulman algérien*, p. 401, n° 31) ; à moins, toutefois, qu'il ne s'agisse de conventions étrangères aux coutumes musulmanes et adoptées par imitation des usages français ; auquel cas seule, la loi française pourrait être appliquée (Cf., Trib. Alger, 20 novembre 1911 ; *Rev. Alg.* 1914. 2. 159).

(2 et 3) Décret du 17 avril 1889, art. 3.

(4) Mascara, 10 avril 1895 (*Rev. Alg.* 1895. 2. 239).

1889 ne prévoit, en effet, cette renonciation qu'à l'occasion d'une affaire déterminée et pour une affaire déterminée. D'autre part, il semble bien résulter, tant du texte Sénatus-consulte du 14 juillet 1865 que de son esprit, qu'il n'est d'autre moyen, pour le musulman, pour acquérir le statut personnel français, que de solliciter et d'obtenir la qualité de citoyen. D'ailleurs, un changement de statut a des conséquences trop graves, au point de vue politique, malgré qu'en l'espèce il n'emporterait pas acquisition de la qualité de citoyen, pour qu'il puisse se réaliser sans l'agrément ou le contrôle des pouvoirs publics ; il intéresse trop les tiers pour qu'il puisse résulter d'un acte que, la plupart du temps, ces tiers n'auront pas connu (1).

En sorte que, même au cas de renonciation au statut indigène pour toutes affaires à intervenir et autres que celle à l'occasion de laquelle cette renonciation s'est produite, les musulmans algériens demeurent régis par leurs droit et coutumes dès l'instant qu'il s'agit d'une matière réservée par l'art. 1 du décret du 17 avril 1889.

Mais dans quelle mesure ces musulmans sont-ils demeurés justiciables de leurs tribunaux ? — La question ne saurait évidemment, se poser qu'à l'occasion d'une contestation entre musulmans devant être jugée conformément à la loi musulmane ou à la coutume indigène. On ne saurait admettre, en effet, qu'en un pays soumis à l'autorité de la France, un français, voire même un européen, puisse être placé sous la juridiction d'un juge indigène (2) ; et lorsqu'il s'agit d'une contestation entre musulmans à laquelle la loi française est applicable, le juge français a, pour statuer sur cette contestation, une tout autre autorité et une tout autre compétence que celles que pourrait avoir un juge indigène (3).

---

(1) Cf. Besson, *Législation civile de l'Algérie*, p. 73.

(2) C'est ainsi que le décret du 26 mars 1919, qui a fixé la liste des fonctions d'autorité que les indigènes ne pourront exercer que s'ils sont citoyens français, a placé sur cette liste toutes les fonctions judiciaires, depuis celle de Premier Président de Cour d'Appel jusqu'à celle de Juge de paix suppléant.

(3) Décret du 17 avril 1889 ; art. 6.

Or, le décret du 17 avril 1889 ne reconnaît même pas au juge indigène le droit de statuer sur toute contestation entre musulmans devant se régler conformément à la loi musulmane ou la coutume indigène. Ce juge ne peut, en effet, connaître que des contestations relatives au *statut personnel* et aux *droits successoraux* (1), ainsi que des *contestations personnelles et mobilières* dont la valeur ne dépasse pas 200 francs, en principal, et dont il est saisi sur les marchés où l'a autorisé à se transporter un arrêté du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice ou, sur sa délégation, du Gouverneur général de l'Algérie, statuant sur la proposition du Procureur général (2). Et toutes autres contestations entre musulmans doivent être portées devant le juge de paix (3). En sorte que le juge indigène ne pourrait connaître d'un procès entre musulmans concernant un immeuble, quand bien même cet immeuble serait demeuré soumis à la loi musulmane.

En outre, alors même qu'il s'agit de ces contestations dont le juge indigène est autorisé à connaître, les parties musulmanes peuvent, si elles sont d'accord, porter leurs différends devant la juridiction française ; et l'accord est réputé établi et la compétence du juge français ne peut plus être déclinée par le défendeur lorsque celui-ci « a, soit fourni ses défenses, soit demandé un délai pour les produire, soit laissé prendre jugement contre lui (4) ».

Enfin, alors même qu'il s'agit d'une contestation entre musulmans relative au statut personnel ou aux droits successoraux, le juge indigène n'en peut connaître qu'autant que les musulmans qu'elle met aux prises sont, soit des musulmans orthodoxes, malékites ou hanéfites, soit des musulmans héré

---

(1) Décret du 17 avril 1889, art. 7, par. 1. — Mais le juge indigène peut connaitre des contestations relatives aux droits successoraux, encore que, parmi les immeubles héréditaires, il en serait de francisés ; Mascara, 27 avril 1910 ; *J. Robe*, 1911, p. 298.

(2) Décret du 17 avril 1889, art. 7, al. 6, et décret du 11 juin 1894.

(3) Décret du 17 avril 1889, art. 7, al. 4.

(4) Décret du 17 avril 1889, art. 7, al. 3.

tiques se rattachant à la secte Kharidjite abadhite, des Mozabites.

Dans les territoires régis par le décret du 17 avril 1889, en effet, il n'est d'autres tribunaux indigènes que des tribunaux de cadis, et ces cadis sont, soit des cadis orthodoxes des rites malékite et hanéfite (1), soit des cadis hérétiques du rite abadhite (2).

Or, parmi les musulmans en résidence dans ces territoires, il est de très nombreux Kabyles, c'est-à-dire des Berbères non arabisés demeurés fidèles à leurs coutumes et qu'on ne pouvait, pour ce motif, placer sous la juridiction des cadis statuant d'après le droit musulman. Aussi, les cadis n'ont-ils point compétence pour connaître des contestations entre Kabyles, encore que ces contestations seraient relatives au statut personnel et aux droits successoraux (3). Et comme en Kabylie, il n'est plus, à l'heure actuelle, de juridictions indigènes, — qu'en Kabylie,

---

(1) Jusqu'en 1917, la circonscription judiciaire d'Alger a formé le ressort de deux mahakmas, l'une malékite, l'autre hanéfite (Tableau des mahakmas régies par le décret du 17 avril 1889, sous l'art. 72 de ce décret). Mais un décret du 21 octobre 1917 est venu donner une compétence territoriale à ces deux mahakmas, et partager, en deux circonscriptions distinctes, la circonscription d'Alger. En sorte que la compétence de chacun de ces cadis, à l'égard des indigènes de sa circonscription, est indépendante du rite orthodoxe auquel ils appartiennent.

(2) Il n'est, d'ailleurs, de tribunaux abadhites, dans les territoires auxquels s'applique le décret du 17 avril 1889, que depuis le décret du 29 décembre 1890, qui a institué des mahakmas abadhites à Alger, à Constantine et à Mascara. Ces mahakmas ne peuvent connaitre que des contestations entre Mozabites (Constantine, 7 janvier 1905 ; *J. Robe*, 1905, p. 39) relatives au statut personnel et aux droits successoraux (Tr. Alger, 29 janvier 1894 ; — *Rev. Alg.*, 1895. 2. 275). Mais la juridiction de chacune d'elles s'étend sur tout le territoire civil du département (Décret du 29 décembre 1890, art. 3). — Des mahakmas annexes ont été créées par la suite (Cf. Décret du 26 février 1891). Mais sous l'empire du décret du 17 avril 1889, toutes les contestations entre Mozabites devaient être portées devant le juge de paix (Décret du 17 avril 1889, art. 7, al. 2, 1°).

(3) Les Chaouïa de l'Aurès sont, à ce point de vue, moins bien traités que ne le sont les Kabyles. Eux aussi, sont des Berbères non arabisés ou mal arabisés, demeurés très attachés à leurs coutumes et qui possédaient une organisation judiciaire très différente de celle des pays musulmans. On leur a, cependant, en 1866, imposé cette dernière organisation judiciaire ; on les a dotés de Cadis musulmans, et le

toutes les contestations entre indigènes sont de la compétence du juge français, le décret du 17 avril 1889 a décidé que dans les territoires qu'il régit, les contestations entre Kabyles, encore qu'elles se référeraient au statut personnel et aux droits successoraux, devraient être portées devant le juge de paix (1).

Enfin, les cadis sont encore incompétents, encore qu'il s'agisse de contestations relatives au statut personnel et aux droits successoraux, dès l'instant qu'il s'agit de contestations entre indigènes des circonscriptions judiciaires de Bouïra, d'Aïn-Bessem, de Palestro et de Mansoura (2). Cela tient à ce qu'il s'agit de circonscriptions judiciaires dont le territoire se trouve, pour la plus grande partie, situé en pays kabyle, et que, pour ce motif, on a cru devoir, comme en Kabylie, y réaliser la suppression des juridictions indigènes.

10. — *Indigènes musulmans des territoires régis par le décret du 29 août 1874.*

Les territoires régis par le décret du 29 août 1874 sont les ressorts judiciaires de Tizi-Ouzou et de Bougie, soit la grande et la petite Kabylie.

Dans la grande Kabylie, l'élément kabyle, c'est-à-dire l'élément berbère non arabisé, l'emporte de beaucoup ; il n'en est plus de même aujourd'hui dans la petite Kabylie.

Or, les indigènes musulmans de ces territoires sont régis par leurs droit et coutumes en ce qui concerne :

1° *leur statut personnel* (3), sous réserve, toutefois, de la matière de la tutelle des incapables actuellement réglementée par un décret du 1er août 1902 ;

2° *leurs successions*, bien que, sur ce point, le décret du 29

---

décret du 17 avril 1889 n'a rien changé à cette situation. — Sur les résistances des populations de l'Aurès à l'islamisation. V. nos *Etudes de droit musulman algérien*, p. 457 et suiv.

(1) Décret du 17 avril 1889, art. 7, al. 2, 2° ; — et décret du 12 décembre 1908, art. 1.

(2) Décret du 17 avril 1889, art. 7, al. 2, 3°. — Cf. Larcher, *op. cit.*, t. II, p. 203, note 1.

(3) Décret du 29 août 1874, art. 2.

août 1874 soit muet. Mais le statut successoral est une dépendance du statut personnel ; tout au moins il a toujours été considéré comme tel en Algérie. L'art 24 du décret du 13 décembre 1866, en effet, dispose que : « ne seront considérés à l'égard de ce référé comme rentrant dans les matières religieuses et d'état, que celles dont suit l'énumération.... capacité pour succéder, résultant des liens de famille ou d'affinité ; capacité pour disposer ou recevoir en matière de...... testaments ». Or, l'art. 4 du décret du 29 août 1874 renvoie expressément à cet art. 24 du décret du 13 décembre 1866 ; si bien que les rédacteurs du décret du 29 août 1874, en décidant que le droit musulman ou kabyle continuerait à régir les *questions d'état*, ont entendu maintenir sous l'empire du droit musulman ou kabyle, les questions de statut successoral ;

3° *leurs conventions civiles ou commerciales* (1) ;

4° *leurs immeubles, lorsque la propriété n'en a pas été établie par un titre opérant francisation.* — Cette réserve s'impose, la loi du 26 juillet 1873 (2) et celle du 16 février 1897 (3) étant applicables dans les ressorts judiciaires de Bougie et de Tizi-Ouzou.

De ce qui précède il résulte que, dans la grande et la petite Kabylies, le droit musulman et les coutumes indigènes ont une étendue d'application moins restreinte que dans le reste du territoire civil de l'Algérie, puisque, notamment, la matière des obligations civiles et commerciales, entre indigènes, demeure régie par ce droit et ces coutumes.

Mais, l'art. 2, al. 2, du décret du 29 août 1874 réserve aux parties contractantes la faculté de renoncer à l'application de leurs lois et coutumes et d'opter pour la loi française. Toutefois, l'option ne saurait être tacite et ne pourrait résulter, comme dans les territoires régis par le décret du 17 avril 1889, de

(1) Décret du 29 août 1874, art. 2.

(2) Loi du 26 juillet 1873, art. 31.

(3) Loi du 16 février 1897, art. 12.

ce fait que les parties auraient volontairement et sans faire de réserve requis un officier public français de dresser acte de leur convention. Mais, dès l'instant qu'il y a option expresse, la jurisprudence est fixée en ce sens que l'art. 2, al. 2, du décret du 29 août 1874 est applicable et que l'option est opérante, encore que l'acte reçu par l'officier public français ne serait pas une convention, encore que ce serait un acte unilatéral tel qu'un testament (1).

Quant aux juridictions indigènes, il n'en existe plus à l'heure actuelle, dans les ressorts judiciaires de Tizi-Ouzou et de Bougie ; et, dans la mesure où le droit musulman ou kabyle est demeuré applicable, seuls des juges français sont appelés a assurer cette application. L'art. 1 du décret du 29 août 1874 réservait bien au Gouverneur général le droit de maintenir en certains points des mahakmas ou *djemaas de justice pour le jugement des contestations entre indigènes ou musulmans étrangers et à charge de fixer les limites dans lesquelles elles continueront d'exercer leur juridiction*. Mais, le Gouverneur général n'a usé que fort rarement de la faculté qui lui était ainsi concédée, et si l'on voit encore, le 2 mars 1880 (2), la Cour d'Alger appelée à se prononcer sur l'étendue de la compétence de l'une de ces mahakmas, il semble que la suppression définitive des juridictions indigènes de Kabylie ait été réalisée par un décret du 21 septembre 1880 intervenu à la suite de la réunion au territoire civil du cercle de Fort-National.

Quant à la question de savoir quelles juridictions françaises ont compétence pour statuer sur les contestations entre indigènes arabes ou kabyles ou musulmans étrangers de la grande et de la petite Kabylie, la solution s'en trouve, à l'heure actuelle, dans le décret du 12 décembre 1908.

11.— *Indigènes musulmans des territoires régis par le décret du 8 janvier* 1870.

---

(1) Alger, 21 octobre 1909 ; — *J. Robe*, 1910, p. 338. — Cas., req., rej., 16 janvier 1911 ; — *Rev. Alg.*, 1911. 2. 154.

(2) *J. Robe*, 1882, p. 65.

Les territoires régis par ce décret, ce sont : 1° les territoires de commandement, sans distinction entre les territoires du Sud et les territoires militaires qui sont demeurés compris dans les départements de l'Algérie (1) ; — 2° les circonscriptions judiciaires musulmanes rattachées au territoire civil par les arrêtés du Gouverneur général du 16 décembre 1905 ou par des arrêtés postérieurs. — Et les indigènes musulmans de ces territoires sont : 1° des arabes ou des berbères plus ou moins arabisés du rite malékite ; 2° des mozabites du rite hérétique abadhite.

Or, le décret du 8 janvier 1870 a soumis les indigènes musulmans de ces territoires au régime établi par le décret du 13 décembre 1866 ; et, comme ce dernier décret soumet à la loi musulmane « toutes les conventions et toutes les contestations civiles et commerciales entre musulmans indigènes ainsi que les questions d'Etat », il en résulte que dans le domaine du droit privé, en toute matière, même en matière réelle immobilière (2), les indigènes musulmans de ces territoires sont régis par la loi musulmane.

Toutefois, l'art. 31 de la loi du 26 juillet 1873 portait qu' « en dehors du Tell, des décrets spéciaux détermineront successivement les territoires où elle deviendra exécutoire » et l'art 12 de la loi du 16 février 1897 dispose que la procédure d'enquête partielle organisée par cette loi pourra être étendue, en dehors du Tell, aux territoires déterminés par des arrêtés spéciaux du Gouverneur général ; et il n'est pas douteux que dans le cas où le Gouverneur général userait de la faculté qui lui est ainsi concédée, les immeubles des territoires militaires dont la propriété viendrait à être constatée par des titres délivrés en exécution de la loi du 16 février 1897, se trouveraient placés définitivement sous le statut français, encore qu'ils n'auraient jamais cessé d'appartenir à des musulmans (3).

---

(1) Cf. Décret du 6 mars 1891.

(2) Alger, 2 janvier 1884 ; — *Rev. Alg.*, 1885. 2. 30.

(3) Un arrêté du Gouverneur Général en date du 3 juin 1914 (*Rev. Alg.*, 1914. 3. 792) a déclaré la loi du 16 février 1897 applicable à la partie melk du douar Tolga, située hors Tell, dans la commune indigène de Biskra (territoire de Touggourt).

D'autre part, si les indigènes musulmans des territoires régis par le décret du 8 janvier 1870 ne relèvent, en principe, dans le domaine du droit privé, que de la loi musulmane, ils peuvent, cependant, lorsqu'ils contractent, se soustraire à l'empire de cette loi, en déclarant expressément qu'ils entendent que leur convention soit régie par la loi française (1).

Quant aux juridictions indigènes de ces territoires, mahakmas malekites ou abadhites, le décret du 8 janvier 1870, leur a maintenu le droit de connaître, en premier ressort, tout au moins, de toutes les contestations en matière civile ou commerciale, ou relatives à des questions d'Etat (2).

Ces juridictions indigènes ne peuvent connaître bien évidemment, de ces contestations entre musulmans qu'autant qu'elles doivent être jugées conformément à la loi musulmane, et s'il arrivait qu'un immeuble du territoire militaire appartenant à un musulman vînt à passer sous le statut français par application de la loi d 16 février 1897, art. 14, les contestations qui pourraient s'élever à l'occasion de cet immenble, ne pourraient dorénavant être portées même entre musulmans que devant la juridiction française.

D'autre part, alors même qu'il s'agit d'une contestation dont le juge indigène pourrait connaître, les parties sont autorisées à saisir, d'un commun accord la juridiction française qui statue, alors, dans les formes françaises, mais conformément à la loi musulmane (3).

12. — Telle est la mesure dans laquelle les indigènes musulmans de l'Algérie sont à l'heure actuelle, encore, régis par leurs droit et coutumes ; telle est, également, la mesure dans laquelle ils sont demeurés justiciables des juridictions indigènes.

Or, à ce double point de vue, les musulmans étrangers, dès l'instant qu'ils *résident* en Algérie, ne sont point autrement

---

(1) Décret du 13 décembre 1866, art. 1er.

(2) Art. 5.

(3) Décrets du 8 janvier 1870, art. 2 et du 13 décembre 1866, art. 2.

traités que ne le sont les musulmans indigènes. L'art. 1er du décret du 17 avril 1889, en effet, ne distingue pas, dès l'instant, qu'il s'agit de *musulmans résidant en Algérie*, suivant que ces musulmans sont étrangers et suivant qu'ils sont indigènes. Et de là résulte que les musulmans étrangers, pourvu qu'ils y résident, sont beaucoup mieux traités, en Algérie, que ne le sont des étrangers ordinaires. Ceux-ci, en effet, n'y sont régis par leur loi nationale, que pour ce qui est de leur état et de leur capacité et, dans une certaine mesure, pour ce qui est de leurs successions ; mais, les immeubles qu'ils peuvent posséder en Algérie, sont nécessairement régis par la loi française ; alors que les musulmans étrangers résidant en Algérie sont régis par la loi musulmane, non seulement en ce qui concerne leur statut personnel et leurs successions, mais aussi ceux de leurs immeubles dont la propriété n'a pas été constatée conformément à la loi du 26 juillet 1873, ni par un titre français administratif, notarié ou judiciaire.

Il n'en faudrait pas conclure, toutefois, qu'à tous autres points de vue, les musulmans étrangers résidant en Algérie aient été assimilés aux musulmans indigènes ; il ne faut admettre, en effet, « l'assimilation qu'autant qu'elle résulte des principes ou des textes (1) », et c'est ainsi qu'au point de vue de l'application des lois du 26 juin 1889 et 22 juillet 1893, sur la naturalisation par le bienfait de la loi, les musulmans étrangers, bien que résidant en Algérie, ne sauraient être autrement traités que des étrangers ordinaires. C'est ainsi que les fils de marocains nés en Algérie qui y sont domiciliés lors de leur majorité, doivent être considérés comme citoyens français, dès l'instant qu'ils n'ont pas dans l'année qui suit leur majorité excipé de leur qualité d'étranger (2), que les lois sur le recrutement de l'armée leur sont applicables et qu'en fait, elles sont appliquées.

---

(1) Larcher, *op. cit.*, t. II, n° 703.

(2) Cf. Larcher, *op. cit.*, t. II, n° 706.

III

Le Droit musulman. — Chr'a ; Fik'h ; K'anoun

§ 1. — Sources du droit musulman.

§ 2. — Écoles ou rites orthodoxes ou sounnites ;
Rite malékite. — Sectes hérétiques ;
Rite kharidjite abadhite ; Rite chiite.

§ 3. — Caractères fondamentaux du droit musulman.

§ 4. — Codification du droit musulman algérien.

III

LE DROIT MUSULMAN. — CHR'A ; FIK'H ; K'ANOUN

§ 1. — Sources du droit musulman.

§ 2. — Écoles ou rites orthodoxes ou sounnites ; Rite malékite. — Sectes hérétiques ; Rite kharidjite abadhite ; Rite chiite.

§ 3. — Caractères fondamentaux du droit musulman.

§ 4. — Codification du droit musulman algérien.

13. — *Le droit musulman.— Le Chr'a ; le Fik'h ; le K'anoun.* Par ces mots : *Droit musulman*, nous n'entendons pas désigner l'ensemble des lois applicables, en un pays musulman déterminé, aux musulmans de ce pays.

En tout pays musulman, en effet, on distingue le *Chr'a*, — le *Fik'h*, — le *K'anoun*.

Le *Chr'a* s'entend de toute disposition législative contenue dans le *Coran* ou la *Sounnat* (1). Le *Coran*, c'est le livre qui groupe les révélations d'*Allah* à son Prophète *Mahomet*. — La *Sounnat*, c'est l'ensemble des traditions relatives à certaines paroles, à certains actes de *Mahomet* inspiré par Dieu, « *imprégné d'une grâce divine particulière* », et, aussi, à son silence approbatif. — Le *Chr'a* c'est, en somme, la loi révélée explicitement ou implicitement ; c'est la loi divine.

Le *Fik'h* (2), c'est l'ensemble des solutions déduites du

(1) Ibn Khaldoun ; *Prolégomènes* ; texte Quatremère ; t. III, p. 1. — Riad Ghali ; *De la tradition considérée comme source du droit musulman ;* p. 14 et suiv.

(2) Dans un sens très large, *Fik'h* signifie : connaissance, science. Le *fak'ih* est celui qui sait. — Sur le sens du mot *Fik'h*, Cf. Carusi : *Il problema scientifico del diritto romano*, p. 11 et suiv. ; p. 34 et suiv. ; p. 44.

4

Chr'a, selon les principes posés par la loi divine, par les *fouk'aha* qualifiés à cet effet (1), à qui a été reconnu le droit de fixer l'interprétation à donner du *Chr'a*, à qui, en un mot, a été reconnu le droit de légiférer par voie d'interprétation du *Chr'a* (2).

Le *K'anoun*, c'est le règlement édicté par le Souverain, pour remédier aux lacunes du *Chr'a* et du *Fik'h*, pour régler les situations nouvelles ou pourvoir à des besoins nouveaux.

Les règles du *Chr'a* et du *Fik'h* trouvent leur fondement dans la religion. Elles sont théoriquement applicables en tout pays musulman. Et, en tout pays musulman, l'application en est conférée à un tribunal religieux, le tribunal du *Cadi*.

Quant aux règlements rentrant dans la catégorie des *K'anoun*, ils varient d'un pays à l'autre, avec les besoins auxquels ils sont destinés à satisfaire ; et, les juridictions qui ont pour mission de les appliquer, sont des juridictions purement laïques, dont l'organisation et le fonctionnement sont laissés à l'arbitraire du Souverain (3).

Or, par droit musulman, nous entendons désigner uniquement le *Chr'a* et le *Fik'h*, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui ont été révélées ou suggérées au Prophète *Mahomet* implicitement ou explicitement, — ou qui ont été élaborées par les juristes à qui la puissance législative a été reconnue, — et qui, théoriquement, demeurent applicables en tout pays musulman.

§ 1. — Sources du droit musulman

14. — Les sources du droit musulman sont au nombre de quatre : le *Coran*, la *Sounnat*, l'*Idjm'a el Oummat*, le *K'ias*. A ces quatre sources, il est quelques docteurs musulmans qui en ajoutent une cinquième : l''*Orf*.

(1) Ibn Khaldoun ; *loc. cit.*

(2) Ce droit a été comparé quelquefois au « *jus respondendi* de l'Empire romain. — Cf. Van den Berg, *Principes du droit musulman selon les rites d'Abou Hanifah et de Châfiï* ; — trad. de France de Tersant et Damiens, p. 8.

(3) Van den Berg ; *op. cit.* ; p. 8, note 1.

15. — A. *Le Coran.* — Le Coran, c'est-à-dire la *Lecture*, selon les uns et, suivant d'autres la *Récitation* (1), est la source fondamentale de la loi musulmane. A en croire les Musulmans, ce serait l'ensemble des lois, des préceptes que Dieu, par l'intermédiaire de l'ange Gabriel, aurait révélés (2) à Mahomet, son prophète.

Mahomet est né le 29 août 570 de notre ère ; c'est la date la plus généralement adoptée (3) ; il mourut en l'an 632.

L'Arabie était, à la fin du VIe siècle de notre ère, déchirée par des luttes intestines entre tribus, sédentaires ou nomades, pour la plupart païennes et pratiquant les cultes les plus divers (4) ; elle était, de plus, menacée d'invasions étrangères (5). C'est alors que Mahomet conçut le projet de réaliser, par l'unification religieuse, l'unification politique de l'Arabie (6).

Ses premières prédications, à la Mecque, furent assez mal accueillies, et, dans la nuit du 16 juillet 622 de notre ère, Mahomet dut s'enfuir et se réfugier à *Yathrib*, dénommée depuis *Médinat, la Ville* (7). Cette fuite, *hidjrat*, marque l'ouverture de l'*Hégire*, de l'ère musulmane, malgré que les prédications de Mahomet eussent commencé treize années auparavant.

Nous n'entreprendrons pas de dire comment s'était opérée la conversion des habitants de Médine, ni comment Mahomet fut reconnu, par eux, comme chef spirituel et comme chef temporel, ni comment, avec leur appui, il entreprit d'assurer

---

(1) Snouck-Hurgronje, *Le droit musulman*, p. 2, note 2.

(2) Aussi le Coran est-il appelé quelquefois *Et-tenzil*, la *Révélation*. — Cf. Houdas, l'*Islamisme*, p. 80.

(3) Cf. Houdas, *op. cit.*, p. 19. — Huart, *Histoire des Arabes*, t. I, p. 89. — Selon le P. Lammens, Mahomet n'aurait vécu que 52 ans. — Cf. *L'âge de Mahomet et la Chronologie de la Sira* (*J. asiatique*, mars-avril 1911).

(4) Huart, *op. cit.*, t. I, p. 25 et suiv.

(5) Houdas, *op. cit.*, p. 27 et 28.

(6) *Eod. loc.*, p. 28.

(7) M. Huart estime, pour des raisons qui semblent très concluantes, que Mahomet quitta la Mecque, non pas pour échapper à un complot tramé contre lui, mais parce qu'il avait acquis la certitude de son insuccès dans cette ville ; *op. cit.*, t. I, p. 116 et 119.

les armes à la main le triomphe de sa doctrine, l'*Islam*, c'est-à-dire *la résignation à Dieu*. Nous nous bornerons à rappeler que, lorsque, dans la onzième année de l'Hégire, mourut Mahomet, la Mecque, depuis trois ans, était conquise, et l'islamisme en pleine expansion.

Mais, où Mahomet a-t-il puisé les principes fondamentaux de sa doctrine ? Quelles influences ont contribué à la formation de cette doctrine ? Faut-il voir mieux que des légendes dans les traditions qui font de moines chrétiens ou chrétiens nestoriens, tels que *Bahira*, *Djordjis*, *Serdjas* ou *Nestour*, les inspirateurs de Mahomet ? Ne vaut-il pas mieux voir dans les poésies d'*Oméyya ben Abiç-Çalt*, de la secte judéo-chrétienne des *Hanifs*, « une des sources du livre sacré de l'islamisme » ? (2). Toujours est-il, et, sur ce point, tout le monde est d'accord, que Mahomet s'est trouvé en relation « avec des chrétiens et des juifs, dont l'enseignement posa dans son esprit les germes de la vocation prophétique » (3).

A la vérité, Mahomet ne se donna point, dès le début des révélations, comme envoyé de Dieu (4). Mais, lors de son installation à Médine, il s'attribue définitivement la qualité de Prophète (5). Il ne se donne point comme l'unique Prophète, mais comme le dernier des Prophètes, ayant reçu de Dieu mission de fonder la Communauté musulmane et de lui donner des lois. Et, ces lois, arrêtées par Dieu, auraient été révélées à Mahomet par l'Ange Gabriel, successivement, dans l'espace de vingt-trois ans. Ainsi se serait constitué le *Coran*.

16. — C'est par la parole que le Prophète porta à la connaissance des fidèles les révélations de l'Ange Gabriel, et c'est par la parole, par la *récitation*, que se transmirent, se propagèrent, tout d'abord, ces révélations. Ainsi s'expliquerait, d'ailleurs, l'emploi du mot *Coran*, pour en désigner l'ensemble, *Coran*

---

(1) Huart, *op. cit.*, t. I, p. 92.

(2) *Eod. loc.*, p. 100.

(3) *Eod. loc.*, p. 96.

(4-5) *Eod. loc.*, p. 104.

signifiant *récitation* et non pas *lecture* (1). Ce n'est que sous le Khalifat d'*Abou Bekr* et sur son ordre que, pour la première fois, on se préoccupa de rédiger par écrit et de coordonner les divers fragments qu'avait recueillis la mémoire de ceux qu'on appelait les *porteurs du Coran*, et ce n'est que sous le Khalifat d'*Osman* que l'on crut devoir arrêter un texte définitif, officiel et détruire toutes autres rédactions (2).

Mais, en tous pays musulmans, l'on n'en continue pas moins à apprendre le Coran par cœur et à le réciter ; c'est faire là œuvre pie ; la récitation du Coran est un acte de dévotion (3), et la façon dont on en psalmodie les versets a une importance extrême (4). Au reste, pour les Musulmans, aujourd'hui encore, l'on considère que c'est par l'enseignement oral, bien plutôt que par la lecture, que se doit acquérir la connaissance des principes fondamentaux de la loi.

« De nos jours encore celui qui expose les règles de son madhab, ne tient pas son autorité du fait qu'il peut enseigner, lire et comprendre avec tous les moyens scientifiques actuels le texte, fixé critiquement, d'un auteur autorisé ; mais bien de ce qu'il a entendu lire et expliquer ce texte par un maître autorisé, lequel à son tour dérive son autorité de celle d'un de ses professeurs et ainsi de suite jusqu'à l'auteur du texte en question. Puis on remonte de celui-ci au fondateur du madhab et

(1) C'est par une extension abusive que le verbe arabe *qaraa* qui signifie « psalmodier », a reçu le sens de lire : le vrai mot arabe pour dire « lire est « *t'ala'a* » (Doutté, *L'Islam Algérien en l'an* 1900, p. 15).

(2) Cf., cependant, Casanova, *Mohammed et la fin du Monde*, fasc. 2, p. 103 et suiv. — C'est par ordre d'*Al Hadjdjadj*, vivant sous *Abd el Malik*, que le Coran aurait reçu sa forme définitive.

(3) Snouck-Hurgronje, *Le droit musulman*, p. 3.

(4) La prononciation du Coran est toute une science. Les prononciations orthodoxes sont au nombre de sept. La même prononciation ne peut être employée pour tous les versets du Coran : elle ne peut l'être que pour certains versets seulement ; une lettre placée en regard de chaque verset indique celle des sept prononciations qui doit être employée. Cf. Michaux-Bellaire, *L'enseignement indigène au Maroc* (*Rev. du m. mus.*, t. XV, p. 426).

de là aux compagnons du Prophète » (1). C'est ainsi qu'à Alger, aujourd'hui encore, « il existe des préposés... chargés de la lecture du *Çahih* de Bokhary, à certaines heures, dans les principales mosquées... Avant de commencer la lecture, on doit, après avoir prononcé le ta'ouidh, la besmalah, la sala, réciter l'*Isnad*, si l'on en a. Les personnes qui ont un *isnad, se croient avoir plus de mérite que les autres, et certains assurent qu'il est obligatoire d'avoir un isnad* remontant jusqu'au Maître et ensuite jusqu'au Prophète... Les h'adith se transmettent de deux manières : 1° le maître dit le h'adith à l'instar du Prophète, et l'élève le recueille ; *c'est la meilleure transmission*... 2° L'élève lit et le Maître écoute ; de nos jours, c'est (le procédé) le plus employé. Enfin, et dans les deux cas, le Maître délivre à son élève un *diplôme* dans lequel il déclare qu'il l'autorise à enseigner tel hadith ou tel et tel ouvrage, *et dans lequel il doit citer tous les personnages par le canal desquels les h'adit ou les ouvrages lui sont parvenus* » (2).

17. — Les différentes révélations, dont l'ensemble constitue le Coran, ont été réparties en 114 chapitres, ou *sourates*, divisés en versets. Mais ce n'est point l'ordre chronologique des révélations qui a déterminé ce classement. A part le Chapitre I, qui ne contient que 7 versets, les autres chapitres du Coran ont été, très généralement, classés d'après leur nombre de versets, ceux qui en comptent le plus étant placés les premiers.

A côté de cette division, il en est d'autres, mais dont le caractère est purement rituel. C'est ainsi qu'en vue de la récitation aux offices, le Coran est fractionné, tantôt en 30 parties, appelées *djouz*, tantôt en 60, nommées *hizb* (3).

Toujours est-il que de ce fait que les révélations coraniques n'ont pas été classées dans un ordre chronologique, sont nées

(1) Snouck-Hurgronje, *op. cit.*, p. 30.

(2) Ben Cheneb, *De la transmission du recueil de traditions de Bokhary aux habitants d'Alger* ; Recueil de mémoires et de textes publié en l'honneur du XIVe Congrès des Orientalistes par les professeurs de l'Ecole Supérieure des Lettres et des Médersas ; p. 105.

(3) Doutté, *op. cit.*, p. 15. — Houdas, *op. cit.*, p. 74.

des difficultés. Il est, en effet, dans le Coran un certain nombre de dispositions contradictoires ou, tout au moins, difficilement conciliables. On a considéré que, de leurs dispositions contradictoires, la plus ancienne n'avait été édictée qu'en vue d'une situation transitoire et qu'elle devait être tenue pour abrogée par la plus récente. Mais de ces deux dispositions quelle est celle qui doit être tenue pour la plus récente et comme ayant seule et définitivement force de loi ? C'est là une question pour laquelle la classification adoptée ne fournit aucun élément de solution, mais qu'il a fallu résoudre cependant. De là toute une science dite de *l'abrogeant et de l'abrogé* (1).

Il existe deux traductions françaises du Coran, l'une de *Savary*, l'autre de *Kasimirski*. Cette dernière est la plus estimée.

18. — B. La *Sounnat*. — C'est la « *conduite* » (2), la « *voie pratiquée* » (3), la « *manière d'être ou d'agir* » (4) de Mahomet.

Sur plus de 6.000 versets, c'est tout au plus, si le Coran en contient 500 se référant à des matières juridiques ; d'autre part, ces versets ne sont pas toujours très explicites. Aussi, de son vivant, Mahomet fut-il fréquemment consulté sur le sens et la portée exacts de certains passages du Coran, ainsi que sur la solution à donner à des difficultés auxquelles il ne semblait pas que le texte du Livre sacré fût directement applicable. Le Prophète, répondant aux questions qui lui étaient posées, expliquait, commentait, complétait la *révélation*, et l'on en vint à considérer les réponses ainsi fournies par lui, comme une nouvelle source du droit.

Après la mort de Mahomet, l'on fit état, non plus seulement des paroles prononcées par lui à l'occasion de certains faits, mais aussi de certains de ses actes, ainsi que de l'approbation, expresse ou tacite, donnée par lui à certains actes ou à certaines

---

(1) Parmi les nombreux commentaires du Coran, les plus estimés sont ceux de T'abari, d'Ez-Zamakhchari et d'El-Baidhaoui. — Les plus usités en Algérie, sont ceux d'El-Khazin et d'El-Djelalaïn.

(2) Doutté, *op. cit.*, 17.

(3) Houdas, *op. cit.*, p. 116.

(4) Snouck-Hurgronje, *op. cit.*, p. 6.

paroles. Et l'on vit dans la conduite du Prophète, dans son attitude, dans son silence approbatif, ainsi qu'on l'avait fait pour ses paroles, une sorte de révélation complémentaire. On s'y crut, d'ailleurs, autorisé par un certain nombre de versets du Coran, notamment par les versets 29 du chapitre III, 62 du chapitre IV, 46 du chapitre XVI, 21 du chapitre XXXIII.

Les traditions relatives aux paroles prononcées par Mahomet, aux actes qu'il a accomplis, aux approbations expresses ou tacites qu'il a données, portent le nom de *h'adits* et leur ensemble constitue la *Sounnat* du Prophète (1).

19. — C'est aux *compagnons* de Mahomet, à ceux qui avaient vécu dans son intimité, plus tard à ceux qui l'avaient vu dans leur enfance ou même ne s'étaient trouvés qu'une seule fois en sa présence (2), que, tout naturellement, l'on s'adressa, dans le cas de difficulté non prévue par le Coran, pour savoir s'il n'était point quelque h'adits qui en fournit la solution. Les compagnons disparus, ce furent leurs *successeurs*, c'est-à-dire ceux qui avaient connu et fréquenté les compagnons, — puis à la disparition des successeurs, les *successeurs des successeurs*, c'est-à-dire ceux qui avaient connu quelqu'un ayant lui-même connu le Prophète, — qui furent sollicités de se rémémorer des h'adits. Mais, comme les réponses de ceux qui étaient, ainsi sollicités de se rémémorer des hadits, étaient purement orales, et que c'est par la parole qu'elles se propagèrent et se transmirent, qu'aucun recueil officiel, de ces réponses, ne fut établi, certaines d'entre elles ne tardèrent point à être dénaturées, détournées de leur signification primitive pour justifier des

(1) Certains auteurs parlent de la *Sounnat* d'Omar, de la *Sounnat* des deux Omars, de la *Sounnat* des Compagnons. M. Snouck-Hurgronje a montré que ces auteurs n'avaient eu nullement la pensée de faire de ces *Sounnat*, une source du droit distincte de celle constituée par la *Sounnat* du Prophète, qu'ils entendaient dire simplement par là, que la *Sounnat* d'Abou-Bekr et d'Omar, de même que celle des Compagnons ne faisaient que reproduire celle du Prophète (*loc. cit.*, p. 7 et 8), qu'elles étaient « un reflet et un prolongement de la *Sounnat* de Mohammed » (Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, p. 308, note 1).

(2) Snouck-Hurgronje, *op. cit.*, p. 9.

solutions nouvelles que commandaient des besoins nouveaux, de même que, dans le même but, de nombreux h'adits furent imaginés ; et la relation d'un h'adits devint, ainsi, un moyen « d'exprimer sa propre opinion sur tel ou tel sujet, en lui donnant pour origine les paroles et les actions de Mohammed lui-même » (1).

Toujours est-il que les h'adits sont innombrables et que beaucoup se contredisent.

20. — Si c'est par la parole que se transmirent, tout d'abord, les h'adits, d'assez bonne heure, cependant, l'usage s'introduisit de les noter par écrit, afin de suppléer aux défaillances de la mémoire. Puis, des collections méthodiques de h'adits furent établies ; mais, dès les premiers temps, chaque collectionneur de traditions ne regardait comme authentiques que celles qu'il « avait admises lui-même » (2) et, pour justifier de cette authenticité, il donnait, à leur texte (*matn*), un appui (*isnad*), consistant dans l'indication de tous ceux, en remontant jusqu'au Prophète, par l'intermédiaire de qui les h'adits recueillis avaient été transmis. Chaque collectionneur, « au fond, se décidait en leur faveur à cause de leur contenu, de leur texte (matn) ; pour lui, comme pour les autres, la légitimation par le témoignage masquait, en réalité, l'opportunisme du choix inspiré par le fond même des traditions... Chacun ne considéra comme authentiques, dans la masse des traditions contradictoires, que celles qui confirmaient sa propre conception de la vérité, quelquefois même seulement celles qui servaient ses propres intérêts ou ceux de son parti » (3). D'où la formation d'une science de la tradition, formulant, notamment, les principes d'après lesquels doit être apprécié le caractère *parfait*, *bon* ou *faible* des *appuis* sur lesquels sont étagées les traditions (4), c'est-à-dire,

(1) *Eod. loc.*, p. 10.

(2) Snouck-Hurgronje, *op. cit.*, p. 12.

(3) *Eod. lloc.*, p. 12 et 13.

(4) Cf. Marçais, *Le Taqrib de En-Nawawi*, p. 2 et suiv. — Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. II, p. 467 et 478.

doivent être examinées les *voies* par lesquelles les h'adits sont parvenus et doit être contrôlée la probité des personnes qui les ont rapportés, pour que l'on puisse reconnaître aux h'adits le caractère d'authenticité qui entraîne la conviction et qui les rend obligatoires, — précisant, également, les règles d'après lesquelles se détermine l'ancienneté respective des traditions contradictoires et qui permettent de distinguer l'*abrogeant* de l'*abrogé* (1).

Les premiers recueils de traditions étaient assez confus ; les h'adits n'y étaient nullement groupés par ordre de matière, d'après leur contenu, mais sous le nom du compagnon qui les avait fait connaître, et, cela, quel que fût leur objet. Ce n'est qu'au IIIe siècle de l'Hégire, que l'on songea à grouper sous une même rubrique tous les h'adits se référant à une matière déterminée.

C'est, d'ailelurs, du IIIe siècle que datent les recueils de h'adits les plus estimés, au point qu'on a pu dire qu'ils constituaient le *Corpus traditionum* de l'Islamisme (2). Ces recueils sont au nombre de six. Mais il en est deux qui sont célèbres entre tous On les appelle les *Ç'ah'ih'*, les véridiques. Ils sont l'œuvre d'*El-Bokhari* (194-256 H) et de *Moslim* (204-261) (3).

D'où vient l'autorité reconnue à ces recueils, et, en particulier, à ceux d'*El-Bokhari* et de *Moslim ?* Vraisemblablement, de leur éclectisme, de ce que les Docteurs musulmans, à quelque rite qu'ils appartiennent, y peuvent trouver la justification d'un certain nombre des solutions qui ont prévalu dans leur rite. C'est ainsi que si l'on s'en tenait, parmi les h'adits relatés par *El-Bokhari*, à ceux concernant le mariage ou la matière des

---

(1) Ibn Khaldoun, *Prolégomènes, trad. de Slane*, t. III, p. 28. — Cf. Marçais, *op. cit.*, p. 209 et 210 ; — Cf. Riad Ghali, *De la tradition considérée comme source du droit musulman.*

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 318.

(3) Les quatre autres recueils qui, avec les deux *Ç'ah'ih'*, forment, en quelque sorte, le *Corpus traditionum* de l'Islamisme, sont ceux d'*Abou Daoud* mort en 275 H, de *Tirmidi* mort en 279 H, *d'En Nasa'i* mort en 302 H, et d'*Ibn Madja el-Kazouini* mort en 273 H. Les quatre recueils sont quelquefois, eux aussi, qualifiés de Ç'ah'ih', mais ils sont, le plus souvent, appelés *Es-Sounan.*

testaments et du *Ouakf*, on serait tenté de faire d'*El-Bokhari*, un disciple de l'Ecole hanéfite, tandis qu'un examen attentif des opinions formulées par lui montre que, « dans toute la matière de la vérité, il est purement et entièrement chaféite » (1).

M. Houdas a entrepris la publication d'une traduction française du *Ç'ah'ih' d'El-Bokhari*. Quatre volumes de cette traduction qui doit en comprendre cinq, ont déjà paru. Les deux premiers ont été publiés en collaboration avec M. *Marçais*. M. *Peltier* a, d'autre part, donné la traduction, avec éclaircissements et commentaire, du livre des Testaments et de celui des Ventes.

21. — C. L'*Idjm'a el Oummat*, c'est-à-dire l'*accord unanime de la Communauté*.

Il ne s'agit point, ici, d'une manifestation du suffrage universel, mais d'un accord entre docteurs représentant la Communauté musulmane, sur un point de droit déterminé (2).

D'autre part, le droit de représenter la Communauté musulmane n'est reconnu qu'aux docteurs d'une époque déterminée (3).

Enfin, point n'est besoin, pour que cet accord unanime soit réputé exister, qu'il y ait eu de la part de tous ces docteurs, adhésion, consentement exprès ; le consentement peut être tacite, s'induire d'une absence de protestation ; l'unanimité peut se réaliser par le silence (4).

Pour faire de l'*Idjm'a* une des sources de la loi musulmane, on s'est autorisé de ces paroles du Prophète : « Ma communauté ne s'accordera pas sur une erreur », et, aussi, de certains versets du Coran, du verset 137 du chapitre II, notamment, verset ainsi conçu : « C'est ainsi que nous avons fait de vous une nation intermédiaire, *afin que vous soyez témoins vis-à-vis de tous les hommes*, et que l'Apôtre soit témoin par rapport à vous ».

---

(1) Peltier, *Le livre des ventes du Ç'ah'ih' d'El-Bokhâri*, p. VII. — Cf. Snouck-Hurgrouje, *op. cit.*, p. 13 et 14.

(2-3) Snouck-Hurgronje, *op. cit.*, p. 24.

(4) *Eod. loc.*, p. 29. — Cf. *Rev. Monde Musulman*, janvier 1908, p. 103.

D'autre part, pour reconnaître et réserver à certaines personnes le droit de parler au nom de la Communauté musulmane, on a invoqué, également, et des versets du Coran et des traditions, le verset 85 du chapitre IV, par exemple, invitant les Musulmans à soumettre ce dont ils ne sont pas sûrs au jugement du Prophète et de *ceux qui ont autorité parmi eux* (1), ainsi qu'une tradition selon laquelle à ceux qui lui demandaient : « Que faudra-t-il faire s'il se présente une question pour laquelle il n'existe de solution ni dans le Coran ni dans la Sounnat ? », le Prophète aurait répondu : « Adressez-vous aux gens pieux et priez-les de délibérer » (2).

C'est ainsi que le droit de parler au nom de la Communauté musulmane fut reconnu, tout d'abord, aux *Compagnons* du Prophète, à ceux qui, ayant vécu dans son entourage, avaient recueilli ses paroles et été les témoins de ses actes, et que l'on vit, dans leur entente, une manifestation de l'accord unanime de la Communauté.

Par la suite, les prérogatives, ainsi reconnues aux *Compagnons*, furent étendues aux *Successeurs*, c'est-à-dire à ceux qui avaient connu les *Compagnons* et reçu leurs enseignements, puis aux *Successeurs des Successeurs*, c'est-à-dire aux disciples des Successeurs.

Plus tard, enfin, le droit de parler au nom de la Communauté musulmane fut attribué à ceux qui tenaient de l'opinion publique la qualité de *fouk'aha*, de juristes, de savants, conformément aux versets 45 du chapitre XVI et 7 du chapitre XXI, dans lesquels il est dit : « Demandez-le aux hommes des Ecritures, si vous ne le savez pas », et, aussi, conformément à une tradition attribuant au Prophète les paroles suivantes : « Les savants sont les héritiers des Prophètes » (3).

---

(1) Snouck-Hurgronje, *op. cit.*, p. 17.

(2) *Eod. loc.*, p. 18.

(3) Les docteurs musulmans ont été ainsi amenés à comparer la loi musulmane à un arbre et à distinguer, dans cet arbre, les racines (*ouç'oul*) et les branches (*fourou'*). — Voici d'ailleurs ce qu'a écrit à ce sujet Charani : « La loi se représente par un arbre puissant. Le

Et c'est véritablement, alors, que l'*Idjm'a* devient une source du droit. Primitivement, en effet, le rôle de l'*Idjm'a* a été, « non point de créer le droit ou le dogme, mais de le constater, de fournir la preuve irréfragable des révélations juridiques et religieuses faites par le Prophète au nom d'Allah. Le *Qoran* renfermait plus d'un passage obscur prêtant à controverses, plus d'un texte pour lequel on pouvait se demander s'il convenait ou non de le ranger dans la liste des versets abrogés. C'est à l'*Idjm'a* qu'a incombé le rôle de clore ces discussions, de donner l'interprétation définitive du livre saint, celle qui met fin au doute » (1). Seulement, avec le temps, à mesure que s'accroît l'étendue des territoires soumis à l'empire de l'Islam, les rapports juridiques se multiplient et se compliquent ; de nouveaux rapports juridiques s'établissent ; et, alors, naissent des difficultés nouvelles que ceux à qui a été reconnu le droit de parler au nom de la Communauté musulmane, seront censés résoudre par interprétation du Coran ou de la *Sounnat* et auxquelles, en réalité, ils ne donnent d'autres solutions que celles qui leur paraissent commandées par l'équité, ou qu'ont admises les législations des peuples annexés à l'empire des Khalifes et dont les institutions privées ont survécu à la conquête musulmane (2); et l'*Idjm'a el Oummat* n'est bientôt plus que la mani-

---

tronc est la base et le corps de la loi, d'où naissent les branches, les rameaux, les ramuscules et les fruits. Les grandes branches centrales sont les images des dires émanés des imam fondateurs de rites. Les rameaux sont les images des dires des hauts légistes imitateurs et conservateurs. Les ramuscules qui naissent le long des branches représentent les dires des taleb ou disciples de ces légistes conservateurs. Les fruits qui sont aux extrémités des ramuscules représentent les questions issues des dires des ulémas ou savants à toutes les périodes du temps, jusqu'aux approches de la fin du monde, alors que paraîtra le Mahdi ou précurseur final, sur lui soient les faveurs célestes ! » (*op. cit.*, p. 32). — Cf. Snouck-Hurgronje ; *op. cit.*, p. 24.

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 327. — En même temps qu'on s'efforçait d'établir et d'interpréter les révélations par l'*Idjm'a* on s'employait à justifier l'autorité de l'*Idjm'a* par le Coran et la *Sounnat*. Il y avait là un cercle vicieux, ainsi que l'a montré Snouck-Hurgronje (*op. cit.*, p. 16).

(2) Ainsi s'expliquerait, notamment, la pénétration, en un certain nombre de matières, du droit musulman par le droit romain. — Sur cette question des rapports du droit romain et du droit musulman ;

festation d'opinions personnelles unanimes ou censées unanimes, formulées par des juristes déterminés sur un point de droit déterminé.

Mais les *fouk'aha* investis, par l'opinion publique, de l'*idjtihad*, c'est-à-dire du droit de faire *effort* en vue de fournir une interprétation personnelle (1), les *Moudjtahidin*, ainsi qu'on les nomme fréquemment, ne sont pas considérés comme ayant possédé tous et au même degré cet *idjtihad*. Ils sont, à ce point de vue, répartis en trois classes.

La première comprend les Compagnons du Prophète et les grands *fouk'aha*, fondateurs d'Ecoles, de *Rites*, dont il sera parlé par la suite. Seuls, ils ont possédé l'*idjtihad* absolu, c'est-à-dire le droit de donner une interprétation personnelle du Coran et de la *Sounnat* (2) ; et il est admis qu'à partir du IV[e] siècle de l'Hégire la *porte de l'effort s'est trouvée fermée* (3), qu'aucun *fak'ih* n'a plus possédé l'*idjtihad* absolu ; qu'à partir de cette époque il n'a plus été possible de découvrir une nouvelle méthode d'interprétation, de fonder un nouveau rite.

Dans la seconde classe figurent les disciples des *Moudjtahidin* précédents. Ils n'ont été admis à user de l'*idjtihad* que sur des questions d'importance seecondaire et à charge de respecter les principes fondamentaux du rite auquel ils appartenaient et de se plier à la méthode de ce rite (4).

Dans la troisième, enfin, ont trouvé place tous les autres *Moudjtahidin ;* lesquels n'ont été admis à se prononcer, en toute indépendance, que sur des questions de détail, ou d'importance secondaire non encore résolues par leurs devanciers

---

Cf. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, p. 355 ; — Huart ; *Littérature arabe ;* p. 233. — Evaristo Carusi ; *Sui rapporti tra diritto romano e diritto musulmano*, 1913.

(1) Charani ; *Balance de la loi Musulmane ;* trad. Perron ; édit. Luciani ; p. 27.

(2) *Idjtihad fi ec-chr'a.*

(3) Ibn Khaldoun, *Prolégomènes, trad. de Slane*, t. III, p. 8.

(4) *Idjtihad fi el madzhab.*

et sous la condition de se conformer aux règles d'interprétation posées par le chef de leur Ecole (1).

L'étendue de l'*idjtihad* est allée ainsi en se restreignant de plus en plus, à tel point qu'il semble qu'à partir de la fin du VIe siècle de l'Hégire ou du commencement du VIIe, il n'y ait plus eu, à proprement parler, de véritables *Moudjtahidin* (2).

Depuis cette époque, il n'y aurait plus eu que des *Mouk'alledin*, des commentateurs, dont le devoir est de se borner à relater et à expliquer les solutions auxquelles se sont ralliés les *Moudjtahidin*, en s'abstenant de formuler des appréciations personnelles (3).

Et c'est dans les recueils publiés par les *Mouk'alledin*, où se trouvent consignées les solutions consacrées par l'*Idjm'a* des *Moudjtahidin* et non point dans le Coran ni dans la *Sounnat* que le juge à l'heure actuelle va chercher la règle applicable à la difficulté qui lui est soumise. Aussi, Snouck-Hurgronje a-t-il pu écrire que le *Coran* et la *Sounnat* ne sont plus que les bases historiques du droit musulman, et que l'*Idjm'a* en est la seule base dogmatique (4).

22. — Il ne faudrait pas, toutefois, s'imaginer que les solutions ainsi présentées comme ayant obtenu la consécration de l'*Idjm'a el Oummat* soient nées véritablement d'un accord unanime concerté entre *moudjtahidin*, ni même qu'elles se trouvent avoir été, en fait, agréées par tous, expressément, ou implicitement, l'agrément implicite s'induisant du *silence*,

---

(1) *Idjtihad fi el fetoua ou el masaïl.*

(2) Lambert ; *op. cit.* ; p. 375 et 376.

(3) Snouck-Hurgronje, *op. cit.*, p. 25. — Cf. Perron dans sa traduction de *Charani*, *op. cit.*, p. 25. — « Il n'y a donc plus d'autre source à consulter maintenant, si l'on s'applique à l'étude de la loi ; il n'est plus permis de travailler (comme autrefois) avec un zèle consciencieux à débrouiller de sa propre autorité des questions de droit. Cette pratique (*idjtihad*) est maintenant condamnée et tombée en désuétude ; aussi les musulmans (orthodoxes) de nos jours se sont-ils tous attachés à l'une ou l'autre de ces quatre écoles » (Ibn Khaldoun, *Prolégomènes*, trad. de Slane, t. III, p. 9).

(4) *Op. cit.*, p. 4, note 6.

notamment, de l'absence de protestation. La vérité, c'est que « plusieurs milliers de savants travaillèrent *séparément* à cette œuvre législative » (1), que des divergences de doctrine se produisirent entre eux, qu'en présence de la diversité et de la multiplicité de ces doctrines, on sentit la nécessité, dès le IIe siècle de l'Hégire, de se plier à une discipline et de fonder une méthode de classification et d'interprétation des sources. Mais, l'élaboration de cette méthode donna naissance à de nouvelles controverses, qui provoquèrent l'apparition de nombreuses Ecoles, de nombreux Rites, dont il sera parlé par la suite et dont les adeptes n'ont désarmé qu'assez tardivement. Quelquefois, même, des scissions se produisirent au sein d'une même Ecole ; c'est ainsi, qu'à une certaine époque, il y eut jusqu'à trois Ecoles malékites différentes (2). Puis, avec le temps, les querelles s'apaisèrent. On s'efforça de les oublier ou, tout au moins, d'en atténuer la gravité et pourvu que les divergences ne portassent pas sur des points fondamentaux de la politique ou du dogme (3), entre jurisconsultes du même rite, on se tint pour orthodoxe. Au lieu d'excommunier certains docteurs, dont l'opinion paraissait contestable au plus grand nombre, on se contenta de déclarer que leur opinion devait être tenue pour *faible* (4). On se tint même pour orthodoxe entre jurisconsultes de rites différents. On eut soin, d'ailleurs, d'établir que « le désaccord fait, en principe, partie du consentement universel », en prêtant au Prophète les paroles suivantes: « Le désaccord régnant dans ma communauté (au sujet de l'explication de la Loi) est une preuve de la bonté d'Allah » (5); et l'on n'hésita pas à affirmer « que les rites des docteurs fondateurs et de leurs continuateurs convergent tous au centre

(1) Snouck-Hurgronje, *op. cit.*, p. 26.

(2) Ibn Khaldoun, *Prolégomènes*, trad. de Slane, t. III, p. 18 et suiv.

(3) Snouck-Hurgronje, *op. cit.*, p. 26.

(4) Par opposition à l'opinion *évidente* et à l'opinion *généralement admise*. — Cf. Zoys, *Recueil d'actes judiciaires arabes*, p. 93 et 94, et *Législation mozabite*, p. 30, note 2.

(5) Snouck-Hurgronje, *op. cit.*, p. 28.

commun qui est la loi fondamentale, ...que de tous les rites il n'en est pas un qui, par rapport à la loi, soit préférable à un autre rite, vu que tous reviennent et tiennent à un centre unique, ...et que tous les dires et énoncés (reliés entre eux) dans le domaine de la loi sont orthodoxes » (1).

Au surplus, il est admis, à l'époque actuelle, que le devoir des fidèles est de s'efforcer d'arriver, en quelque sorte, à l'unification des rites, et de renoncer au bénéfice des prescriptions du rite qui leur est propre pour se plier aux exigences des autres rites, toutes les fois qu'il leur est possible de le faire sans déroger aux principes fondamentaux du rite auquel ils appartiennent (2).

23. — D. *Le K'ias*, — ou *Analogie légale*. — C'est le raisonnement par voie d'analogie, « la logique humaine en tant qu'on l'admet à la discussion de l'évolution juridique » (3).

En réalité, le *kias* n'est point une source fondamentale du droit ; il n'est qu'un mode d'interprétation, d'utilisation des sources, un instrument d'élaboration du droit aux mains des *fouk'aha* à qui l'*idjtihad* a été reconnu et rentre ainsi dans l'*Idjm'a*. Mais, à une certaine époque, peut-être à raison de l'importance exagérée qui lui fut attribuée par certains docteurs, la légitimité de l'emploi du *k'ias* fut contestée ; elle le fut, notamment, par les *Dh'ahirites* (4) ; et c'est vraisemblablement, pour mieux affirmer leur victoire, pour la consacrer définitivement, que les partisans du *k'ias* en ont fait une quatrième source fondamentale du droit (5).

Les partisans du *k'ias* ne se sont pas, d'ailleurs, bornés à raisonner par voie d'analogie ; fréquemment, aussi, dans le silence des textes ils ont eu recours au *raï*, c'est-à-dire au bon

---

(1) Charani, *Balance de la loi musulmane*, trad. Perron, édit. Luciani, p. 33, 34 et 35.

(2) Cf. de Nauphal, *Système législatif Musulman : Mariage*, p. 99.

(3) Snouck-Hurgronje, *op. cit.*, p. 33.

(4) Ibn Khaldoun, *Prolégomènes*, trad. de Slane, t. III, p. 3.

(5) Cf. Snouck-Hurgronje, *op. cit.*, p. 35 et 36.

sens, si fréquemment que, malgré que *k'ias* et *raï* ne soient pas synonymes, *Ibn Khaldoun* nous dit que les docteurs de l'Irak ont été qualifiés de : *ahl er-raï* (1), de gens du *raï*, parce qu'ils firent grand usage du *k'ias* et y devinrent très experts. Néanmoins, le *raï* n'a point été classé, expressément tout au moins, même par les docteurs de l'Irak, au nombre des bases fondamentales de la loi musulmane (2).

24. — E. L'*Orf*, c'est-à-dire la *Coutume*. — L'*Orf* n'est rangé dans les sources fondamentales de la loi que par un petit nombre de docteurs, par *Derdir* (3), par exemple, ou par *Ç'aidi* (4).

Il n'en est pas moins vrai que le rôle de la coutume dans la formation du droit a toujours été considérable. C'est ainsi que, déjà, « Malek puisait... dans la coutume de Médine » (5). C'est ainsi, également, qu'en matière de répudiation et de fondations pieuses, notamment, les *fouk'aha* ont agréé des institutions et admis la légalité de solutions qui tendaient uniquement à assurer la survivance de règles coutumières de l'époque préislamique, règles auxquelles les Arabes des premiers siècles étaient particulièrement attachés, mais lesquelles étaient incontestablement en contradiction absolue avec certains principes fondamentaux de la loi islamique, de même que lorsque de nouveaux territoires eurent été annexés au domaine de l'islam et que de nouvelles populations furent admises au sein de la Communauté musulmane, il fallut bien tenir compte des exigences de la civilisation des populations annexées, adapter les principes de la législation islamique à ces exigences et faire une place plus ou moins large au droit coutumier de ces populations. Il est à remarquer, toutefois, qu'aux premiers siècles de l'Hégire, c'est l'*Idjm'a el Oummat* qui assure une sanction aux prescriptions du droit coutumier, en sorte, qu'à cette

---

(1) *Prolégomènes*, éd. Quatremère, t. III, p. 3, I. 2.

(2) Snouck-Hurgronje, *op. cit.*, p. 36.

(3 et 4) Il semble bien, qu'en France, M. Fagnan ait été un des premiers à signaler ce fait. — Cf. Fagnan, trad. de Khalil, *Mariage et Répudiation*, p. VI, note 1.

(5) Ibn Khaldoun, *Prolégomènes*, trad. de Slane, t. III, p. 6.

époque, le rôle de la coutume dans la formation du droit, ne se distingue pas de celui de l'*Idjm'a*.

Mais lorsqu'avec le IV[e] siècle de l'Hégire, *vient à être fermée la porte de l'effort* et que le droit musulman se cristallise en quelque sorte, « l'islamisation des productions successives de la civilisation » (1) n'étant plus légalement possible, l'intervention de la coutume, dans la formation du droit, ne peut plus se dissimuler sous l'*Idjm'a*. C'est, alors, la jurisprudence qui sanctionne et, par là-même, crée les règles coutumières. L'action de la jurisprudence continue celle de l'*Idjm'a el Oummat*. L'importance de son rôle, dans la formation du droit, s'accroît même tous les jours (2), à mesure que, par suite des transformations incessantes venant à se réaliser dans la condition sociale et économique des peuples musulmans, les principes du vieux droit semblent de moins en moins conciliables avec les besoins nés de ces transformations. Aussi, arriva-t-il un moment où « le droit coutumier local et le bon plaisir des gouvernants firent, presque partout, oublier que, dans beaucoup de ses chapitres, le code n'était pas seulement fait pour être étudié » (3). Si bien que certains docteurs n'hésitèrent pas à ranger l'*Orf* au nombre des sources fondamentales de la loi (4), et qu'il en est même qui ont été jusqu'à admettre qu'en certains cas, l'*Orf* pourrait l'emporter sur l'*Idjm'a* (5).

---

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 384.

(2) Cette importance devient telle, qu'à un moment donné, certains docteurs ont opposé la jurisprudence à la coutume, ne reconnaissant de force créatrice qu'à la première (Milliot, *Démembrements du Habous*, n° 14 à 18), alors que, comme l'a démontré Lambert, il est impossible « d'isoler la coutume de l'usage judiciaire » (*op. cit.*, p. 218).

(3) Snouck-Hurgronje, *Caractères du Système de l'Islam*, (*Rev. du Monde Musulman*, n° de juin 1911, p. 425).

(4) « Le droit coutumier a aussi force de loi » (Khalil, trad. Perron, t II, p. 473).

(5) Derdir, *op. cit.*, t. II, p. 295, l. 4, cité par Fagnan, *op. cit.*, p. VI, note 1. — « Lorsqu'un usage s'établit parmi le peuple et remonte loin dans sa coutume (*'ourf*), il convient de lui chercher une issue légale, autant que faire se peut, en l'appuyant sur un désaccord ou sur une unanimité, attendu qu'il n'est pas indispensable que la pratique se rattache à une doctrine déterminée ni même à une opinion très répandue » (Ahmad al Wanscharisi, *La pierre de touche des Fetwas*, trad. Amar, t. II, p. 303)

Et, en réalité, à l'heure actuelle comme depuis des siècles déjà, et cela est particulièrement vrai pour les pays musulmans de l'Afrique du Nord, le droit des premiers siècles de l'Hégire, basé sur le Coran, la *Sounnat* ou l'*Idjm'a*, n'a plus, sauf en certaines matières du statut personnel et du statut successoral, qu'une valeur purement théorique. A ce droit se sont, depuis longtemps, substitués des usages judiciaires, quelquefois en complète contradiction avec lui. Il suffit, pour s'en convaincre, de consulter un recueil de *fetouas* (1) ou de jugements (2).

§ 2. — Écoles ou rites orthodoxes ou sounnites ; Rite malékite. — Sectes hérétiques ; Rite kharidjite abadhite ; Rite chiite

25\. — L'Islamisme, comme toutes les religions, a connu les hérésies. Des sectes, dès le premier siècle de l'Hégire, se sont constituées au sein de la communauté musulmane, dont les doctrines ont été réprouvées par le plus grand nombre et sont, en conséquence, tenues pour hérétiques.

D'ailleurs, même dans l'Islam orthodoxe, se sont formées ainsi qu'on l'a vu précédemment (3), des écoles rivales, dont les adeptes se sont fait la guerre et quelquefois même se sont traités d'hérétiques ; c'est ainsi que les *Dh'ahirites*, dont le chef fut *Abou Soliman Daoud ibn Ali* et qui condamnaient l'emploi de la déduction analogique, virent leur système succomber « sous la réprobation de la grande communauté orthodoxe » (4), et qu'*Ibn Hazm* ayant cherché à propager en Espa-

---

(1) Fetoua, consultation donnée par un *Moufti*, juriste réputé, généralement attaché à une mosquée.

(2) Au mois d'avril 1912, à Casablanca, un avocat, excellent arabisant et très versé dans l'étude du droit musulman, ayant invoqué, devant le Cadi, l'autorité de *Kharchi* et de *Derdir*, commentateurs de *Khalil*, le Cadi s'esclaffa en déclarant qu'il n'avait que faire de la loi écrite et qu'il jugeait d'après la coutume.

(3) V. *Sup.*, n° 22.

(4) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. III, p. 5. — Cf. Goldziher, *die Zahiriten*.

gne la doctrine des *Dhahirites*, « le public en fut si mécontent qu'il déversa le mépris et la désapprobation sur le système qu'*Ibn Hazm* avait préconisé, et laissa tomber ses écrits dans un oubli complet. On alla jusqu'au point d'en prohiber la vente dans les bazars, et quelquefois même on les déchira » (1).

Mais, avec le temps, l'apaisement s'est fait et les adeptes de ces différentes écoles, nées dans l'Islam orthodoxe, ont, depuis longtemps, cessé de se tenir pour hérétiques. Ils font observer que, puisant aux mêmes sources, unanimes sur les points fondamentaux du dogme, séparés uniquement par des questions de méthode, « les docteurs fondateurs ont appuyé leurs données sur les bases voulues » (2) et « sont dans la voie de Dieu » (3) ; si bien que les rites (4) fondés par eux sont tous orthodoxes et tous égaux (5).

En conséquence il est admis : 1° que l'on peut changer de rite, c'est-à-dire déclarer se placer, dorénavant, sous l'empire d'un rite autre que celui dans lequel l'on est né (6).

2° Que l'on peut à l'occasion d'une affaire déterminée, de la conclusion d'un contrat, par exemple, se placer sous l'empire d'un rite autre que celui auquel on appartient (7).

3° Que l'on peut à l'occasion d'un procès déterminé, accep-

---

(1) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. III, p. 6.

(2 et 3) Charani, *op. cit.*, p. 49.

(4) *Madzhab*. Ce mot désigne tantôt une école, tantôt un *rite*, c'est-à-dire l'ensemble des doctrines professées dans une école.

(5) Charani, *op. cit.*, p. 49. En certains pays musulmans, cependant, ainsi qu'on le verra par la suite, il est un rite officiel auquel les autres sont, en quelque sorte, subordonnés.

(6) Charani, *op. cit.*, p. 62 et suiv. C'est ainsi, qu'il y a quelques années, le Cheikh *Mohammed Abdou*, chaféite, se déclara hanéfite pour obtenir les fonctions de grand Moufti d'Egypte.

(7) Charani, *op. cit.*, p. 61 et 70. — Cf. entre autres décisions de jurisprudence, Alger, 3 juin 1897, J. Robe, 1897, p. 241. — Il est à remarquer, toutefois, que certains docteurs n'autorisent le changement de rite que « pour l'application complète, non pour une question isolée » (Charani, *op. cit.*, p. 64). Mais, l'opinion qui semble bien avoir prévalu, c'est qu'il ne parait pas qu'aucun des quatre grands imam ait jamais « enjoint à ses adhérents ou disciples de rester, *exclusivement* soumis à tel rite déterminé et *sans tenir compte d'aucun autre* » (*Eod. loc.*, p. 61). — Et, en Algérie, il n'est pas rare de voir des musulmans malé-

ter d'être jugé par un cadi autre que celui de son rite (1). — La jurisprudence algérienne va même plus loin et elle décide que le juge est en droit, soit pour des raisons d'humanité, soit dans l'intérêt supérieur de la justice, de faire à un musulman, même malgré lui, l'application des règles d'un rite autre que celui auquel il appartient (2).

4° Que l'on peut, à l'occasion d'un acte déterminé, choisir dans chacun des rites orthodoxes, pour les combiner entre elles, les règles qui régiront cet acte (3). — C'est là, toutefois, une manière de voir qui n'est point admise sans conteste (4) ;

---

kites se réclamer à l'occasion d'un acte déterminé, des prescriptions du rite hanéfite.

C'est ainsi que presque tous les habous algériens, bien que constitués par des Malékites, sont des habous hanéfites.

De même, beaucoup pensent, en Algérie, que c'est au demandeur qu'appartient le choix du rite. En conséquence, il arrivait assez fréquemment que des créanciers malékites poursuivaient leurs débiteurs devant le Cadi hanéfite d'Alger, afin de pouvoir user plus facilement de la contrainte par corps. Dans le rite hanéfite, en effet, cette contrainte est possible alors même que le débiteur a établi son insolvabilité, dès l'instant où le juge estime qu'il y a mauvaise volonté du débiteur et que celui-ci pourrait arriver à désintéresser ou à faire désintéresser son créancier.

Enfin, souvent à Alger, les femmes vivant de prostitution se mariaient dans le mois de *chaban*, passaient le mois de *ramadhan* dans une situation régulière et se faisaient ensuite répudier. Elles se mariaient, alors, devant le Cadi du rite hanéfite, pour éviter l'*istibra* que n'impose pas ce rite.

(1) Tunis, 1er avril 1908 (*Rev. Alg.*, 1909. 2. 397).

(2) Alger. 9 avril 1884 (*Bul. Jud. de l'Algérie*, 1884, p. 131) ; Bel Abbès, 12 mai 1892 (*Rev. Alg.*, 1892. 2. 201) ; Constantine, 5 mars 1904 (*J. Robe*, 1904, p. 139) ; Alger, 4 février 1908 (*Bul. Just. p. Alg.*, 1910, p. 69).

(3) C'est *el talfik*, « l'acte du musulman qui choisit, de chacun des rites orthodoxes, les règles qui lui conviennent, et s'en fait un syncrétisme pratique » (*Rev. Monde Musulm.*, t. XV, p. 375, note 9). — On lit dans un rapport de feu le Cheikh Mohammed Abdou, grand Moufti d'Egypte, adressé au Ministre de la justice égyptienne sur la réorganisation des tribunaux religieux et concluant à la réunion « d'une assemblée de jurisconsultes musulmans en vue de fondre les règles des quatre rites et d'en former un Code unique et général » : « Il est faux de s'attacher à un rite plutôt qu'à un autre... Nous devons prendre l'opinion de n'importe lequel des imams ». Cf., Arminjon, *Le droit international privé en droit interne, principalement dans les pays de l'Islam ;* — J. Clunet, 1921, p. 709, note.

(4) Cf., en ce qui concerne les difficultés qui se sont produites à l'oc-

5° Que le souverain peut choisir une solution parmi celles qui, sur un point de droit déterminé, ont été admises dans un rite déterminé et l'imposer ; qu'il peut même obliger les cadis à juger d'après un rite déterminé (1).

26. — *Ecoles ou rites orthodoxes ou Sounnites.*

Les Ecoles orthodoxes sont appelées *Sounnites* (2). Il n'en faudrait pas conclure que, seules, elles admettent la *Sounnat* au nombre des sources du droit. Les *Kharidjites* et les *Chiites*, en effet, qui sont des hérétiques, s'accordent, ainsi qu'on le verra par la suite, sur ce point, avec les Orthodoxes ; eux, aussi, ils ont des *traditions ;* seulement, ce ne sont point absolument les mêmes (3) et, en se qualifiant de *sounnites*, les Orthodoxes n'entendent point affirmer que, seuls, ils ont une *sounnat ;* vraisemblablement, ils veulent simplement dire que seuls, ils sont en possession de la vraie *Sounnat.*

A l'heure actuelle, les rites orthodoxes ou *Sounnites* sont au nombre de quatre : *hanéfite*, *malékite*, *chaféïte* et *hanbalite.* Mais, il y en eut d'autres, ceux, par exemple, que fondèrent *Sofian Servi*, né en l'an 97 de l'Hégire, mort en l'année 135 (4), — et *Aouza'i*, né en l'an 100 de l'Hégire, mort selon les uns, en l'année 157 (5), en l'année 162, selon d'autres (6), et dont

casion de la combinaison des règles des rites hanéfite et malékite en *matière de habous*, Benoit Adda et Elias B. Ghalioungh, *Le Wakf ou immobilisation d'après les principes du rite hanéfite*, Partie spéciale, p. 6, 7 et 8.

(1) Cf. Cheikh Mohammed Bekhit, Grand Moufti d'Egypte ; *Les limitations de la justice ;* L'Egypte contemporaine, février 1919, p. 119 et 121. — Cf. Medjellat, art. 1801, al. dern. ; — lorsque, d'ordre souverain, l'opinion d'un docteur de la loi ayant été trouvée conforme aux intérêts du public et aux exigences des temps, il a été ordonné de juger conformément à cette opinion, les juges ne peuvent point valablement appuyer leurs décisions sur une opinion contraire ».

(2) Cf. Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 436 et t. III, p. 12.

(3) Dozy, *Essai sur l'histoire de l'Islamisme*, p. 437 et note 1.

(4) Cf. Sawas Pacha, *Etude sur la théorie du droit musulman*, 1re partie, ch. I, p. 127

(5) Cf. Fagnan, *Les Tabakat malékites*, dans *Homenaje à D. Francisco Codera*, p. 107.

(6) Sawas Pacha, *op. cit.*, 1re partie, ch. I, p. 127.

les doctrines dominèrent, à une certaine époque, en Syrie (1) et pendant un certain temps, régnèrent souverainement en Espagne (2). On compta jusqu'à dix-huit Ecoles orthodoxes. Aujourd'hui, quatre, seulement, survivent ; encore est-il bon de remarquer que le rite hanbalite n'a plus qu'un très petit nombre d'adeptes (3). Quoi qu'il en soit, quatre Ecoles ont survécu, qui sont, comme il a été dit plus haut :

1° L'Ecole hanéfite fondée par *Abou H'anifat en Noman ben Tsabit* qui naquit probablement en l'année 80 et mourut en l'an 150 de l'Hégire (4).

2° L'Ecole malékite fondée par *Abou Abdallah Malek ibn Anas*, né en 97 et mort en 179 de l'Hégire ;

3° L'Ecole chaféïte fondée par *Mohammed ibn Idris ech Chaf'éï*, qui vécut de l'année 150 à l'année 204 de l'Hégire ;

4° L'Ecole hanbalite fondée par *Ahmed ibn Mohammed ibn Hanbal*, qu'on fait généralement naître en l'année 164 et mourir en l'an 241 de l'Hégire (5).

A côté de ces quatre Ecoles, aucune autre ne saurait désormais surgir, puisqu'ainsi qu'il a été dit précédemment, depuis le IVe siècle de l'Hégire, la porte de *l'idjtihad* se trouve fermée.

27. — Ces quatre Ecoles pourraient être, en réalité, ramenées à deux : l'Ecole de l'*Irak'* et celle de *Médine* ; l'Ecole de l'Irak' représentée par le rite hanéfite ; celle de Médine, par les trois autres rites orthodoxes (6).

Le rite hanéfite se sépare, en effet, des trois autres en ce qu'il

---

(1) Cf. Snouck-Hurgronje, *op. cit.*, p. 28.

(2) El Makrizi, *Description historique et topographique de l'Egypte*, dans Vincent, *Etudes sur la loi musulmane*, p. 22. — Cf. Fagnan, *op. cit.*, p. 107.

(3) « Dans la mosquée al Azhar, le Hanbalisme est représenté par des professeurs et des étudiants en nombre relativement restreint ; en 1906, il y avait (sur un total de 312 professeurs et 9069 élèves) 3 professeurs et 28 élèves hanbalistes » (Encyclopédie de l'Islam ; v. *Ahmed B. Muhammed B. Hanbal*, p. 193, col. 2.

(4) Cf. Encyclopédie de l'Islam, v. *Abu Hanifa*, p. 92 et 93.

(5) Charani, *op. cit.*, p. 24 et 25.

(6) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. III, p. 3. — Cf. Houdas, *Sahnoun, un jurisconsulte musulman du IIIe siècle de l'Hégire ;* Centenaire de l'Ecole des langues orientales vivantes, p. 295.

est plus large, plus tolérant. Son fondateur et ses disciples ont fait du K'ias, ou raisonnement, par voie d'analogie, un plus grand usage ; d'autre part, vivant dans l'Irak', ils ont subi des influences romaines et persanes auxquelles ont échappé les docteurs du Hedjaz et, très certainement, ils ont emprunté au droit romain du Bas-Empire (1).

Les fondateurs des autres rites, au contraire, les docteurs de l'Ecole de Médine, les docteurs du Hedjaz, comme les appelle Ibn Khaldoun (2) ont vécu dans un milieu beaucoup plus fervent et s'en sont tenus à une stricte interprétation des traditions ; ils ont vécu dans un milieu, sinon purement arabe, tout au moins dans un milieu très fortement attaché aux coutumes de l'Arabie préislamique. « Pendant que les autres docteurs, dit Ibn Khaldoun, cherchaient leurs maximes de droit dans les sources universellement approuvées, Malek puisait de plus dans une autre dont personne que lui ne s'était servi, je veux dire dans la *Coutume de Médine* » (3).

Ce qui vient d'être dit n'est, toutefois, strictement exact que pour Malek ; car Chaf'éï, après la mort de Malek, se rendit dans l'Irak', se rencontra avec les disciples d'Abou Hanifat et s'instruisit de leurs doctrines (4). — Quant à Ahmed ibn Hanbal, il

(1) Le droit hanéfite de la tutelle nous parait manifestement s'inspirer du droit romain de la tutelle et de la curatelle. — Cf. Goldziher, *Muhammedanische Studien*, t. II, p. 75.

(2) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. III, p. 3 et 6.

(3) *Op. cit.*, t. III, p. 6.

(4) *Eod. loc.*, p. 8. — On a prétendu que la doctrine de Chaféi, dans l'ordre du droit, tout au moins, se rapproche beaucoup plus de celle d'Abou Hanifat que de celle de Malek. « Aussi les systèmes hanéfite et shafi'ite sont-ils de tous les rites sunnites, ceux que les savants modernes ont le plus souvent tenté d'exposer parallèlement » (Lambert, *op. cit.*, p. 365). Tel n'est pas notre avis. Sur bien des points, les solutions qui ont prévalu dans le rite hanéfite, diffèrent et diffèrent gravement de celles qui sont reçues dans le rite malékite. Il n'est point, au contraire, dans le domaine du droit, bien entendu, de divergences sérieuses à signaler entre le rite malékite et le rite chaféite. Et ce qui explique, vraisemblablement, que certains auteurs modernes aient tenté d'exposer parallèlement les principes des deux rites hanéfite et chaféite, c'est que les groupements les plus compacts de musulmans hanéfites et de musulmans chaféites vivent côte à côte en Turquie et en Egypte, soumis au même Souverain, le Sultan de Constantinople.

naquit à Baghdad, y étudia et, s'il fit de nombreux voyages et visita, notamment, le Hedjaz, il n'en est pas moins vrai que les premières influences auxquelles il fut soumis, furent des influences hanéfites. On ne peut pas, cependant, ne pas reconnaître que les systèmes hanbalite et chaféïte se distinguent, comme le système malékite, par une interprétation stricte de la lettre de la tradition et la rigidité des doctrines.

28. — Le rite malékite n'a guère d'adeptes que dans l'Afrique du Nord. Le rite hanéfite est spécial aux Ottomans (1). Le rite chaféïte groupe la plupart des musulmans d'Egypte et de Malaisie. Quant au rite hanbalite, il ne compte guère d'adhérents que dans l'Arabie centrale et dans l'Yémen.

Si le rite malékite n'a guère d'adeptes que dans l'Afrique du Nord, l'on peut dire qu'il y règne sans partage. Au Maroc, il n'y a que des malékites ; en Tunisie, les hanéfites ne se rencontrent qu'à l'état d'exception (2) ; et, en Algérie il n'est guère d'hanéfites que dans quelques villes du littoral. Il est si peu d'hanéfites en Algérie, que la jurisprudence a posé en principe qu'à moins de preuve contraire, les indigènes musulmans algériens devraient être présumés malékites (3).

Mais comment expliquer cette répartition géographique ? — D'où vient qu'en certaines régions déterminées, un rite soit parvenu à l'emporter sur tout autre ? — Ainsi que l'a montré Snouck-Hurgronje, ce n'est point par la valeur de sa méthode, que se justifie la victoire d'un rite sur un autre (4), mais bien par l'effet de circonstances purement accidentelles : faveur de prince motivée, le plus souvent, par l'intérêt personnel de ce dernier (5) ; — esprit de prosélytisme des adeptes d'un rite

---

(1) A la Mecque, toutefois, c'est le rite chaféite qui fait autorité (Van den Berg, *Le droit pénal de la Turquie*, dans Von Liszt, *Législation pénale comparée*, t. I, p. 621.

(2) Gaudiani et Thiaucourt, *La Tunisie*, p. 84, col. 1, note 2.

(3) Trib. Alger, 6 mai 1897 ; — *J. Robe*, 1898, p. 31.

(4) *Op. cit.*, p. 27.

(5) « Les mollahs du village (de Soltanieh) gardent encore la mémoire du fondateur de la Mosquée grandiose où, de tout le pays, les gens venaient à la prière. Il n'y avait alors que des sunnites dans cette

déterminé secondé par l'autorité qui dérive du talent d'enseignement et de la dignité de l'existence ; — situation privilégiée de certaines Ecoles qui, placées sur la route des villes saintes, hébergaient et instruisaient de nombreux pèlerins, lesquels, revenus dans leur pays d'origine, propagaient l'enseignement qu'ils avaient reçu ; — puissance d'expansion plus grande appartenant à un rite déterminé dans une région déterminée et provenant de l'identité ou simplement des analogies existant entre l'état social et le régime économique des habitants de cette région et l'état de civilisation du pays où ce rite a pris naissance.

Or, en ce qui concerne le rite malékite, il semble que toutes ces causes se soient trouvées réunies pour assurer son triomphe dans le Nord de l'Afrique. Il suffit, pour s'en convaincre de se reporter aux textes suivants, empruntés à El-Makrizi et à Ibn Khaldoun :

« Yahhia ben Yahhia ben Ketir, dit El-Makrizi,... qui avait fait le pèlerinage, qui avait entendu le Mouettha, à l'exception de quelques chapitres, de Malek lui-même,... de retour dans sa patrie, s'y était élevé à un degré d'autorité et de considération que nul autre n'avait atteint ; c'était de lui qu'émanaient les fétouas ; monarques et sujets venaient le consulter, et Hescham ne nomma plus de qadhy dans toute l'Espagne que d'après sa présentation et le choix qu'il s'était appliqué à en faire » (1). « El Moaz ben Badis, dit encore le même auteur, poussa toutes les populations de l'Afrique à adopter le rite de

région de l'Iran. Quand survint un mollah d'Ispahan, Mollah Hoséïn Kachéfi (celui qui pénètre les secrets divins) ; le roi mongol, qui venait de répudier, pour la troisième fois, une femme aimée et d'humeur fantasque, désirait la réépouser une quatrième fois. Or, pour ce faire, la loi sunnite ne possédait plus de ressources. Mollah Hoséïn sut exposer à temps les mérites du chiisme, plus libéral en pareille affaire, et guider la conscience souveraine. Le saint homme qui réussit ainsi à procurer à la Perse l'un de ses premiers princes chiites, est vénéré dans un *imamzadé* voisin du village » (Aubin, *La Perse d'aujourd'ui*, p 11).

(1) *Description historique et topographique de l'Egypte*, cité par Vincent, *op. cit.*, p. 21 et 22. — Les sympathies des Oméïades d'Espagne, pour le rite malékite, provenaient surtout de ce que Malek avait pris

Malek à l'exclusion de tous les autres rites. Tous les habitants de l'Espagne et de l'Afrique ont été ainsi amenés à embrasser le rite de Malek, et jusqu'à ce jour, à le suivre, par le désir d'avoir part aux faveurs du prince et par l'amour du temporel ; car les fonctions de mufty et de qadhy n'y étaient conférées dans l'universalité des villes et des bourgs, qu'à des hommes connus pour être jurisconsultes suivant ce rite (1) ».

Quant à Ibn Khaldoun, il s'exprime ainsi : « Le système malékite règne dans ces deux contrées (Mauritanie et Espagne) parce que les étudiants maghrébins et espagnols, qui voyagaient pour s'instruire, se rendaient ordinairement dans le Hidjaz, sans aller plus loin. A cette époque, la science du droit avait pour siège la ville de Médine (capitale du Hidjaz), et de là elle s'était propagée dans l'Irac, province qui ne se trouvait pas sur le chemin de ces voyageurs. Ils se bornèrent donc à étudier sous les docteurs et professeurs de Médine, ville où Malek était alors l'imam de la science, où ses maîtres avaient tenu ce haut rang avant lui et où ses disciples devaient le remplacer après sa mort. Aussi les Mauritaniens et les Espagnols se rallièrent-ils au système de Malek à l'exclusion des autres, dont ils n'avaient jamais eu connaissance. Habitués, d'ailleurs, à la rudesse de la vie nomade, ils ne pensèrent nullement à s'approprier la civilisation plus avancée que la vie sédentaire avait développée chez les habitants de l'Irac. Ils eurent bien moins de penchant pour ceux-ci que pour les habitants du Hidjaz, avec lesquels ils avaient plus de ressemblance sous le point de vue de la civilisation, qui était celle de la vie nomade. C'est pour cette raison que la jurisprudence malékite est toujours restée florissante chez eux et n'a jamais subi les corrections et modifications que l'influence de la civilisation sédentaire a fait éprouver aux autres systèmes » (2).

---

parti pour les Oméïades contre les Abbassides et enseignait que, seul, Hescham I, Khalife d'Espagne, avait droit au Khalifat. — Cf. Doutté, *op. cit.*, p. 24.

(1) *Eod. loc.*, p. 25 et 26.

(2) *Op. cit.*, t. III, p. 14.

29. — Ainsi, et pour les raisons qui viennent d'être indiquées, chaque rite a réussi à s'assurer en quelque sorte, un domaine propre, une sphère d'application déterminée. Mais, il n'en résulte pas que, dans chacune de ces sphères, il n'y ait et il ne puisse y avoir que des musulmans d'un seul rite. C'est ainsi que les Musulmans égyptiens ne sont pas tous chaféïtes et qu'il en est parmi eux qui sont des adeptes du rite hanéfite. De même, si l'on peut dire que le rite malékite est le rite de l'Afrique du Nord, il n'en est pas moins vrai qu'en Algérie comme en Tunisie, il n'est point que des malékites et que l'on y compte un certain nombre d'hanéfites.

Théoriquement, tous les rites orthodoxes étant égaux (1), les adeptes de ces divers rites devraient, en quelque pays musulman que ce soit, se trouver placés sur un pied d'égalité. En fait, cependant, il en est rarement ainsi. En Tunisie, par exemple, le rite hanéfite, à raison de ce qu'il est le rite de la famille régnante, jouit d'une situation privilégiée. Il est, en effet, en Tunisie, un docteur investi du titre de *Cheikh-el-islam*, c'est-à-dire de la dignité de *Prince des jurisconsultes* (2). Or, cette dignité ne saurait jamais être conférée au *bach-mufti* malékite ; elle ne peut l'être qu'au *bach-mufti* hanéfite (3). De même, en Algérie, avant 1830, le cadi hanéfite avait le pas sur le cadi malékite, « parce que le chef de l'Etat était un envoyé de la Porte Ottomane et que la Porte Ottomane est hanéfite et sa cour considérée comme une cour suprême » (4). — En Egypte, où le rite hanéfite est également, celui de la famille régnante, les privilèges dont bénéficie ce rite sont plus étendus encore. Malgré que les Egyptiens soient, pour la plu-

(1) Charani, *op. cit.*, p. 49.

(2) Le *Cheikh-el-islam* a principalement pour mission de procéder à l'examen des réglements élaborés par le Souverain et de s'assurer qu'ils ne sont pas en opposition avec les prescriptions de la loi religieuse.

(3) Berge, *La justice en Tunisie*, Congrès international de sociologie coloniale de 1900, t. II, p. 163. — Zeys, *Code annoté de la Tunisie*, t. I, p. 337, n° 554, note 2.

(4) *Le Miroir*, p. 78. — Cf. Laugier de Tassy, *Histoire du Royaume d'Alger*, p. 227 et 228. — Tableau de la situation des établissements français dans l'Algérie, t. I, 1830-1837, p. 216.

part chaféïtes, il n'est en Egypte que des tribunaux hanéfites, jugeant d'après la loi hanéfite (1).

30. — *Rites hanéfite, chaféïte* et *hanbalite.* — Il n'est point dans notre intention de retracer, même sommairement, l'histoire du développement des divers rites orthodoxes, sauf, cependant, pour le rite malékite, à raison de ce fait qu'il groupe presque tous les Musulmans de l'Afrique du Nord. Mais en ce qui concerne les trois autres rites nous nous en tiendrons aux renseignements bibliographiques strictement indispensables.

Rite hanéfite : — 1° Le *Moultek'a el-abh'our* (Le confluent des mers) d'Ibrahim el-H'alebi, mort en l'an 956 de l'Hégire. Des fragments de cet ouvrage ont été traduits partiellement, en français, par *Mouradgea d'Ohsson*, auteur du *Tableau général de l'Empire Ottoman.*

2° La *Hadiiat* (Le guide) de Bourhan ed-din Ali ibn Abi Bekr el-Marghinani, mort en l'an 593 de l'Hégire. Cet ouvrage a été traduit en anglais par *Hamilton.*

3° La *Medjellat*, ou code civil ottoman, en 16 livres, dont la promulgation a commencé en l'année 1868 de notre ère, pour se terminer en l'année 1876. C'est, à proprement parler, un code des obligations, mais précédé d'un titre préliminaire en 100 articles, dans lequel sont condensés les principes fondamentaux du droit musulman. Une traduction française de ce code a été publiée par les soins de M. *Démétrius Nicolaïdes*, avec l'autorisation et l'approbation des ministres ottomans de l'Instruction publique et de la Justice.

---

(1) « La loi que doivent appliquer les *Méhkémés* est la loi musulmane, conformément à l'interprétation du grand Imam Abou Hanifa. Le rite hanéfite est en effet le rite officiel de l'Egypte » (Pélissié du Rausas, *L'organisation judiciaire indigène en Egypte ;* L'Egypte contemporaine, janvier 1911, p. 104. — Cf. Arminjon, *Le droit international privé en droit interne, principalement dans les pays d'Islam*, J. de Clunet, 1912, p. 706. — Cf. Règlement judiciaire égyptien du 3 juillet 1910, art. 280.

Selon le Cheikh Mohammed Bekhit, ce seraient les oulémas et les notables qui, en l'an 1228 de l'Hégire, pour éviter les conflits résultant de la multiplicité des rites, auraient demandé l'établissement d'un rite officiel (*Les limitations de la justice ;* L'Egypte contemporaine, février 1919, p. 118 et suiv.).

4° Le *Kitab el-ah'kam ech-chr'aiat fi el ah'oual ec-chekhes'iat*, ou code du statut personnel (et des successions), établi en 647 articles par les soins de *Kadri-Pacha*, sur l'ordre du gouvernement égyptien et dont ce gouvernement a fait imprimer en 1875, une traduction française (1).

Rite Chaféïte : 1° Le *Moukhlas'ar* (Le Précis) d'Abou Chodja, mort en l'an 500 de l'Hégire. Une traduction française de ce *Précis* a été donnée par *S. Keijzer*, sous le titre : *Précis de jurisprudence musulmane, selon le rite Chaféïte*, par Abou Chodja.

2° Le *Minhadj at'-t'alibin* (Le guide des zélés croyants) d'En-Naouaoui, mort en l'an 623 de l'Hégire. Une traduction française a été donnée de cet ouvrage par M. *Van den Berg*.

3° Le *Fath' el-K'arib* (La révélation de l'omniprésent) d'Ibn K'asim el-Ghazzi, mort en l'an 918 de l'Hégire, commentaire du *Précis* d'Abou Chodja et dont M. *Van den Berg* a publié une traduction française.

4° Le *Kitab el-ah'kam es-Soult'aniiat* (Le livre des règles du gouvernement) d'*El-Maouerdi*, mort en l'an 450 de l'Hégire, traité de droit public musulman dont le comte *Ostrorog* avait entrepris la traduction en français et dont une traduction complète a été donnée par M. *Fagnan* en 1915 (2).

Rite Hanbalite : Le *Naïl el mârib* (l'obtention des choses désirées) d'*Abd el Kader ben Omar ben Abd el Kader ben Taghleb ben Salem*, mort en l'an 1135 de l'Hégire. Cet ouvrage constitue à l'heure actuelle la base de l'enseignement hanbalite donné, au Caire, dans la mosquée *El Azhar* (3).

---

(1) Cf. Clavel, *Droit Musulman. — Du Statut personnel et des Successions*, t. I, p. 1.

(2) Indépendamment des traités de droit hanéfite ou chaféïte ci-dessus indiqués et qui sont l'œuvre de juristes musulmans, nous signalerons à l'attention du lecteur les ouvrages suivants : Van den Berg, *Principes du droit musulman selon les rites d'Abou Hanifah et de Chafi'i*, traduit du hollandais par de France de Tersant et Damiens ; et Clavel, *Du Statut personnel et des Successions d'après les différents rites et plus particulièrement d'après le rite hanafite*.

(3) Cf. Encyclopédie de l'Islam, v. *Ahmed B. Mahommed B. Hanbal*, p. 194, col. 1. — Zeys, *Législation mozabite*, p. 33, note 2.

31. — *Rite malékite.* — *Malek ibn Anas*, le fondateur du rite malékite, né en 97 et mort en 179 de l'Hégire à Médine, y exerça les fonctions de *grand Imam* (1), y enseigna et y composa le *Mououat't'a*.

Le *Mououat't'a* est un recueil de traditions, le premier se référant à des matières juridiques. « C'est, dit en effet, M. *de Slane*, le premier ouvrage de ce genre qui ait été mis par écrit ; jusque-là on s'était contenté de transmettre oralement les traditions relatives à Mohammed » (2). Le *Mououat't'a* fut rédigé par *Malek* sur l'initiative d'*Abou Djafar* (3), et son nom le *sentier applani* (4), vient de ce que le Prophète étant une nuit apparu à *Malek* lui aurait dit : « *Tu as applani la religion* » (5). Le nombre des traditions, des *hadits* recueillis dans le *Mououat't'a* est peu considérable ; il est d'environ 300 (6) ; mais on y trouve, aussi, consignés de nombreux usages reçus à Médine et que *Malek* a notés en même temps que les hadits qu'il recueillait, parce que, considérant que les usages en vigueur de son temps, à Médine, avaient été empruntés aux générations précédentes qui les tenaient, elles-mêmes, de ceux qui, « ayant été témoins oculaires des actes du Prophète, en avaient pris connaissance et gardé le souvenir » (7), ces usages faisaient, en quelque sorte, partie de la *tradition*, et avaient, au même titre qu'elle, force de loi (8).

Quant à la doctrine oralement enseignée par *Malek*, nous devons de la connaître à l'un de ses disciples, *Abou Abd Allah Abd er-Rahman ben el-K'asim*, mort en l'an 191 de l'Hégire, et qui est l'auteur d'une sorte de digeste ou *Moudaououanat*, dans lequel sont relatées, par ordre de matières les décisions

---

(1) Ibn Khaldoun, *Prolégomènes*, trad. de Slane, t. III, p. 6.

(2) Cf. Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 32, note 5.

(3 et 4) *Eod. loc.*

(5) Cf. Zeys, *Essai d'un traité méthodique de droit musulman*, t. I, p. 3.

(6) Ibn Kaldoun, *op. cit.*, t. II, p. 477.

(7) *Eod. loc.*, t. III, p. 6.

(8) M. Peltier a donné une traduction du livre des ventes du *Mououat't'a*.

recueillies par *Malek* ainsi que les solutions fournies par lui en même temps que les opinions formulées sur certains points spéciaux, par *Ben el-K'asim* lui-même. Il est à remarquer, d'ailleurs, que les opinions de *Ben el-K'asim* ne concordent pas toujours avec celles de son maître au point qu'on a quelquefois opposé l'*Ecole de Ben el-K'asim* à celle de *Malek* (1).

Deux élèves de *Ben el-K'asim*, *Açad ben el-Forat* et *Sahnoun*, morts, le premier en l'an 213 et le second en l'an 240 de l'Hégire, ont donné, l'un et l'autre, une récension de la *Moudaououanat* (2). A en croire certains auteurs, toutefois, *Sahnoun* n'aurait fait que réviser, que retoucher le travail d'*Açad* (3). Quoi qu'il en soit, que *Sahnoun* ait recueilli la *Moudaououanat* directement de *Ben el-K'asim* ou qu'il n'ait fait que recenser le texte établi par *Açad*, qu'il y ait eu deux *Moudaououanat* ou qu'il n'y en ait eu qu'une, dont *Sahnoun* n'aurait fait que donner une nouvelle édition, il n'en est pas moins certain que le recueil le plus estimé est celui de *Sahnoun* et que c'est le recueil de *Sahnoun* qui est devenu classique dans toute l'Afrique du Nord (4).

32. — Les doctrines de *Malek* se répandirent dans l'*Irak* (5) avec le cadi *Ismaïl*, — en Egypte (6) avec *Ben el-K'asim*. — puis dans l'Ouest de l'Afrique et en Espagne (7). Elles ne tardèrent pas, on l'a vu précédemment, à être presque entièrement supplantées dans l'Irak par l'Hanéfisme et en Egypte par le Chaféïsme (8). Mais, ainsi qu'il a été dit plus haut et pour

---

(1) Cf. Khalil, trad. Seignette, art. 501 et 502.

(2) Cf. Fagnan, trad. de Khalil, *Mariage et répudiation*, p. 5.

(3) Cf. Vincent, *op. cit.*, p. 39 et 40.

(4) Cf. Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. III, p. 16 et 17. Une nouvelle édition de la *Moudaououanat* a été donnée récemment au Caire, en l'année 1323 de l'Hégire.

(5, 6 et 7) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. III, p. 15 et 16.

(8) Le Malékisme a eu, cependant, au début du Ve siècle de l'Hégire, un regain de faveur en Egypte, grâce au succès obtenu dans son enseignement par le Cadi Abou Mohammed Abd el Ouahhab ibn Ali qui, chassé par la misère de Baghdad, vint enseigner au Caire les doctrines des Malékites de l'Irak (Cf. Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. III, p. 12 et 19).

6

les raisons précédemment indiquées (1), elles eurent tôt fait de conquérir l'Afrique mineure (2) et l'Espagne, où elles n'ont cessé, depuis, de régner sans conteste (3).

Et cependant le rite malékite n'est pas le premier qui ait été introduit en ces régions. L'Espagne et les Maurétanies furent tout d'abord, soumises au rite d'*Aouza'i* (4) et, primitivement, l'*Ifrikiïa* (5) obéit au rite d'*Abou H'anifat* (6).

Mais, de très bonne heure, le rite malékite pénétra dans l'Afrique mineure et en Espagne. D'après certains auteurs, il aurait été introduit en Espagne par *Ziiad ben Abd er-Rahman Lakhmi*, surnommé *Chabatoun* et mort à la fin du IIe siècle de l'Hégire (7). Selon d'autres, cette importation aurait été le fait

---

(1) V. *Sup.*, n° 28.

(2) Par Afrique Mineure, on entend la Berbérie, soit la Tunisie, l'Algérie et le Maroc (Cf. Girault, *Principes de Colonisation et de Législation Coloniale*, 4e éd., t. III, p. 1.

(3) Il ne semble pas, en effet, que les bouleversements politiques qui se sont produits dans le Nord de l'Afrique, aient eu leur contre-coup dans le domaine du droit privé. En dépit de la fondation d'une dynastie chiite au Maroc, les habitants de cette région sont demeurés sounnites. A l'effondrement des empires kharidjites et fatimite du Maghreb (les Fatimites se considéraient, d'ailleurs, comme musulmans orthodoxes du rite chaféite ; Cf. Artin-Bey, *La propriété foncière en Egypte*, p. 64, note 1) il ne semble pas qu'aient survécu des communautés kharidjites ou chiites (Cf. Huart, *Histoire des Arabes*, t. II, p. 177) et les efforts d'Ibn Toumert et des premiers Almohades pour déraciner le malékisme (V. *inf.*, p. 77, notes 2 et 3), sont demeurés vains.

(4) Makrizi, *loc. cit.*, p. 22. — Cf. Fagnan, *Les Tabakat Malékites, loc. cit.*, p. 107. L'Ecole Dh'ahirite eut également un certain succès au *Maghreb* et en Espagne (Cf. Huart, *op. cit.*, t. V, p. 351) ; mais ce succès fut éphémère (Cf. Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. III, p. 5).

(5) Par *Ifrikiia*, nous entendons avec Ibn Khaldoun (Cf. *op. cit.*, t. I, p. 7, note 2 et p. 312, note 2) la partie de l'Afrique Mineure qui comprenait la province de Constantine, la Tunisie et la Tripolitaine. Nous croyons devoir nous expliquer sur ce point parce que le sens des mots : *Maghreb*, *Ifrikiia*, varient avec les auteurs. Tandis que pour *Ibn Khaldoun*, par exemple, le Maghreb est la partie de l'Afrique Mineure située à l'ouest de l'*Ifrikiia* telle qu'elle vient d'être définie (Cf. *op. cit.*, t. I, p. 312, note 2), pour l'auteur du *Kitab el-Istibçar, l'Ifrikiia* « s'étend en longueur depuis Barka à l'est jusqu'à Tanger à l'ouest... », si bien que, pour lui, en fin de compte ces mots *Maghreb* et *Ifrikiia* sont synonymes (Cf. trad. Fagnan, p. 6, 114 et 120).

(6) Makrizi, *loc. cit.*, p. 23.

(7) *Eod. loc.*, p. 22.

d'*El Ghazi ben Kaïs*, de qui *Chabatoun* fut l'élève (1). Et c'est en *Ifrikiia*, *Sahnoun Abou Saïd ben Abdesselam et-Tenoukhi*, mort en l'an 240 de l'Hégire, qui aurait fait connaître la doctrine de *Malek* (2).

Toujours est-il que, dès avant la mort de *Sahnoun*, la doctrine malékite prévaut en *Ifrikiia* et, qu'après avoir conquis l'Espagne sous le khalifat de l'Oméïade *Hescham* (3), elle ne tarde pas à envahir les Maurétanies et à y dominer.

33. — Ainsi, il s'est constitué, aux IIe et IIIe siècles de l'Hégire, en Occident, — en *Ifrikiia* et en Espagne, — à Kairouan et à Cordoue, — deux foyers d'influence malékite qui ont rayonné sur toute l'Afrique mineure et ce sont les Ecoles de *Kairouan* et de *Cordoue* qui ont conquis le Maghreb au malékisme (4).

L'Ecole de *Kairouan* eut pour chef *Sahnoun*, dont il a été parlé plus haut, le disciple de *Ben el-K'asim*, le rédacteur de la *Moudaououanat*. — L'Ecole de *Cordoue* fut fondée par *Abd el Malek ibn Habib*, mort en l'année 238 de l'Hégire (5).

Les docteurs de Kairouan firent de la *Moudaououanat* la base de leur ensignement. *Ibn Younès, El-Lakhmi, Ibn Mohrez, Et-Tounisi, Ibn Bechir*, d'autres encore, donnèrent des abrégés ou des commentaires de la Moudaououanat (6). Mais aucun de ces abrégés ou commentaires n'atteignit la réputation de la *Risalat* (7) d'*Abou Mohammed ibn Abi Zeïd el-Kaïrouani*, mort en l'an 390 de l'Hégire (8), ni celle du *Tehdib* (9) d'*Abou Saïd el Beradaï* (10), contemporain d'*El-Kaïrouani*. Le succès de la

(1) Cf. Fagnan, *Les Tabakat Malékites*, *loc. cit.*, p. 108.
(2) Makrizi, *loc. cit.*, p. 24 et 25.
(3) *Eod. loc.*, p. 21 et 22.
(4) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. III, p. 18 et 19. — « Sachez que, à raison de l'importance que l'on reconnaissait à Cordoue, sa jurisprudence faisait autorité dans le Gharb, si bien que l'on y disait dans les jugements : « telle a été la jurisprudence suivie à Cordoue » (El Makkari, cité par Vincent, *op. cit.*, p. 29).
(5) Cf. Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. III, p. 16, note 1, p. 17 et 18.
(6) *Eod. loc.*, p. 17.
(7) *Risalat* : petit traité. Elle a été traduite par *E. Fagnan* ; Paris, 1914 ; 294 pp. 8°.
(8) Cf. Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 227, note 3, et t. III, p. 17.
(9) *Tehdib* : refonte.
(10) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. III, p. 17.

Risalat fut tel « que l'on chercherait en vain dans le rite un autre ouvrage dont il existe autant de copies, et peut-être aussi qui compte autant de commentaires » (1).

En Espagne, l'*Otbiia* du jurisconsulte *Mohammed ibn Ahmed el-Otbi*, décédé en l'an 254 de l'Hégire et disciple d'*Ibn Habib*, eut la même fortune que la *Risalat* en *Ifrikiia*. Elle fut considérée comme l'expression la plus exacte et la plus complète des doctrines de l'Ecole de *Cordoue* ; elle devint l'ouvrage classique (2) dont les disciples de cette Ecole se sont bornés, par la suite, à donner des résumés et des commentaires. Au nombre des ouvrages écrits sur l'*Otbiia*, l'un des plus estimés est celui d'*Ibn Rochd*, l'aïeul d'*Averrhoès*, décédé en l'année 520 de l'Hégire (3).

34. — Pendant de longues années, pendant des siècles, les docteurs de *Kaïrouan* et ceux de *Cordoue* ont manifesté une vive défiance à l'égard des doctrines de l'Ecole malékite de l'*Irak*, et, en particulier, à l'égard des doctrines professées par les Malékites d'Egypte, lesquels se rattachaient à cette Ecole de l'Irak, « parce que ce pays était très éloigné, dit *Ibn Khaldoun*, que les sources où l'on avait puisé ces doctrines leur étaient restées inconnues et qu'ils savaient à peine par quels moyens les docteurs de l'Irak avaient acquis leurs connaissances. D'ailleurs, ceux-ci avaient pour principe de résoudre certaines questions en employant d'une manière parfaitement consciencieuse les efforts de leur propre jugement (*idjtihad*), et niaient l'obligation d'adopter aveuglément le système et les opinions de quelque docteur que ce fût. Voilà pourquoi les Maghrebins et les Espagnols évitèrent d'embrasser aucune opinion émise par l'Ecole de l'Irak, à moins d'avoir bien reconnu qu'on pouvait la faire remonter à l'imam (*Malek*) ou à ses disciples » (4). D'autre part, ainsi que le constate *M. Le Chatelier*, « adaptée à la coutume de Médine, la Tradition

(1) Vincent, *op. cit.*, p. 45.

(2 et 3) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. III, p. 17 et note 4.

(4) *Eod. loc.*, p. 19.

malékite n'était pas faite pour les Masmouda, les Sanhadja et les Zenata du Maghrib. Elle dut se prêter aux adaptations qu'exigeaient leurs institutions particulières, en passant de l'Arabie au Maroc par les écoles intermédiaires du Caire et de Qairouan ou de Tunis » (1).

En sorte qu'une fois introduites au Maghreb et en Espagne, les doctrines malékites s'y sont, par la suite, développées en dehors de toute influence orientale.

Il est à remarquer, en outre, avec *Goldziher* « que les fouqaha malékites se sont occupés fort peu des traditions et qu'ils ont emprunté tous leurs matériaux d'étude aux manuels de *fourou'* dont l'autorité était admise par l'Ecole. Nous pourrions même trouver en Espagne des exemples d'un véritable mépris pour les *hadiths*... On rapporte, sur le compte d'un savant cadi de Cordoue, qui, pendant tout un demi-siècle, put jouir dans la capitale du Khalifat Omayade de la plus haute autorité juridique, un fait qui, à cet égard, est bien caractéristique. Ce savant, élève de Sahnoun, Açbagh ben Khalil, suivait avec un respect fanatique le *ray* des autorités du Malékisme et ne voulait point entendre parler d'autre chose. Il repoussait expressément les hadiths, invectivait les compagnons du Prophète et affichait son dédain pour les traditions : « J'aimerais mieux, disait-il, avoir dans mon coffre la tête d'un cochon que le Mousnad d'Ibn Abi Cheiba » (2)... En un mot, les *fouk'aha* malékites « considéraient qu'en revenant aux hadiths, on faisait un retour en arrière. On peut, entre tous, prendre pour type le cadi d'Elvira, Mohammed ben Yahia, surnommé El Baoudjoun (mort en 941), écrivain juridique, qui ne comprenait rien aux hadiths et qui professait, pour eux, une véritable aversion... On négligeait complètement d'étudier le Coran et les hadiths du Prophète... Au Maghreb, l'étude des *Ouçoul* était en général absolument négligée » (3).

(1) Le Chatelier, *Le Maroc berbère et les Mines européennes* ; — (*Rev. du M. Mus.*, février 1910, p. 152).

(2 et 3) Goldziher, *Introduction au livre de Mohammed ibn Toumert*, p 24, 25, 26 et 27. — Ibn Toumert et les premiers Almohades se sont, cependant, efforcés de remettre en honneur l'étude des Ouçoul et des

35. — Mais au VIe siècle de l'Hégire, *Abou Bekr et-Tortouchi* quitte l'Espagne, se rend à Jérusalem et y enseigne le droit malékite à des étudiants venus d'Egypte. « Ses élèves, dit *Ibn Khaldoun*, mêlèrent les doctrines de l'Ecole espagnole avec celles de l'Ecole d'Egypte » (1). L'un d'eux, *Send Saheb et-Tiraz*, fit lui-même école ; il forma des disciples qui, eux aussi, eurent leurs élèves. L'un des plus marquants, parmi ces derniers, fut *Abou Amr Ibn el Hadjib*, mort en l'an 646 de l'Hégire. *Ibn el Hadjib* est l'auteur d'un *Mokhtas'ar*, d'un *Précis* où se trouvent résumées les doctrines malékites *égypto-maghrébines*.

D'autre part, au VIIIe siècle de l'Hégire, un autre docteur malékite, *Khalil ben Ishak' ben Mouça ben Cha'ïb*, surnommé *el-Djondi* (le Milicien), s'acquit en Egypte une très grande réputation. Il naquit d'un père hanéfite, mais ayant étudié sous la direction du Cheikh malékite *El-Menoufi*, il embrassa le malékisme et, à son tour, en enseigna la doctrine. Il composa un commentaire du Précis d'*Ibn el-Hadjib*, le *Taoudhih* (la mise en évidence), puis donna, lui-même, un *Mokhtas'ar*, un *Précis* où se rencontrent de nombreux emprunts à celui d'*Ibn el-Hadjib*, et dont la confection, au dire de certains, lui aurait causé vingt-cinq années de travail. Il mourut en l'an 767 de l'Hégire selon les uns, en l'an 769 ou en l'an 776, selon d'autres, laissant la réputation d'un infatigable travailleur en même temps que celle d'un homme profondément religieux et vertueux (2). Après sa mort, de très nombreux commentaires

---

h'adits, de ruiner la doctrine de Malek et de la chasser du Maghreb (Cf. Goldziher, *op. cit.*, p. 41 à 43). Ce fut en pure perte, et, aujourd'hui, encore, on n'étudie guère les *h'adits* au Maghreb ; « les étudiants Djebala, et aussi la plupart des autres, se soucient fort peu des hadiths, qui ne leur servent pas à grand'chose ; voulant tous être qadis, adoul, avocats, ils n'étudient que le droit ; aussi leur applique-t-on le proverbe : « Chaque vers (de la *Tohfa*) rapporte un mouton » (Pérétié, *Les Médrasas de Fès*, Arch. Maroc, t. XVIII, p. 300). — Il semble même que l'étude du Coran et du *Tefsir* (commentaire du Coran) y soit complètement abandonnée (*Eod. loc.*).

(1) *Op. cit.*, t. III, p. 19.

(2) Pour la biographie de Khalil, nous renvoyons à celle dont *Ahmed Baba* est l'auteur, qui a été reproduite dans le *Bostan* d'*Ibn Meryem* et dont M. Fagnan a donné une traduction dans l'introduction de son

ont été donnés de son *Mokhtas'ar*, ouvrage obscur et d'une concision désespérante. Les plus estimés sont ceux d'*Abd el-Baki ez-Zorkani*, qui vécut au XIe *siècle* de l'Hégire, d'*El-Kharchi*, mort en l'an 1102 de l'Hégire, et de *Derdir*, mort en l'an 1201 de l'Hégire.

Or, *Ibn Khaldoun* rapporte qu'introduit vers la fin du VIIe siècle de l'Hégire en Maurétanie, l'ouvrage d'*Ibn el-Hadjib* y « devint le manuel favori de la majorité des étudiants maghrebins » (1) ; et *Ahmed Baba*, auteur d'une biographie de *Khalil* et qui mourut en l'an 1036 de l'Hégire, dit que, de son temps, en Occident, à Fez, à Marrakech et ailleurs, le *Mokhtas'ar* de Khallil et la *Risalat* sont les deux seuls traités qui soient étudiés et que le *Taoudhih* est dans toutes les mains, en Orient comme en Occident, que nul commentaire d'*Ibn el-Hadjib* n'est aussi utile ni aussi connu et que « c'est sur lui que s'appuient tous les savants et jusqu'aux imams du Maghreb, élèves d'*Ibn Arafa* et autres, quelque connaissance qu'ils aient de la doctrine Malékite, ce qui est une preuve bien suffisante qu'on lui reconnaît la première place » (2).

En sorte que l'on ne saurait contester qu'aux VIIe et VIIIe siècles de l'Hégire, les légistes du Maghreb et de l'Espagne se sont départis de cette aversion dont parle *Ibn Khaldoun*, pour le Malékisme égyptien, disciple de celui de l'Irak, — qu'à cette époque, dans une certaine mesure, le Malékisme maghrebin a subi des influences orientales, — et qu'en fin de compte, le droit qui, à la fin du VIIIe siècle de l'Hégire, régit les musulmans du Maghreb, c'est le droit d'*Ibn el Hadjib* et de *Khalil*, c'est-à-dire le droit né de la fusion des doctrines malékites égyptiennes et maghrebines (3).

---

ouvrage : *Mariage et Répudiation*, traduction avec commentaires de de Sidi Khalil, Introduction p. XV.

(1) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. III, p. 21.

(2) Fagnan, *Mariage et Répudiation*, traduction avec commentaires de Sidi Khalil, Introduction p. XV.

(3) « Les doctrines des Malékites égyptiens se sont mêlées avec celles des Malékites maghrébins, et le résumé s'en trouve dans le *Mokhtecer* (ou abrégé) d'*Abou Amr Ibn el-Hadjib* » (Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. III, p. 20).

36. — Quelles ont été, par la suite, les destinées du Malékisme en Occident ?

Il a toujours été admis, en Algérie, depuis l'occupation française, que le droit qui régissait les Musulmans malékites du Maghreb, à la veille de cette occupation, c'était encore le droit consigné par *Khalil* dans son *Précis*, que ce *Précis*, vieux de cinq siècles, n'avait rien perdu de l'autorité dont il avait joui au VIIIe siècle de l'Hégire, que les juristes qui avaient écrit, par la suite, s'étaient bornés à en donner des commentaires, et que c'était encore dans le *Précis* et ses commentaires qu'en 1830 les Cadis algériens cherchaient à découvrir la solution des difficultés qui leur étaient soumises, en sorte que le droit musulman malékite du Maghreb aurait, au VIIIe siècle de l'Hégire, subi une sorte de cristallisation (1) ; il aurait, dans le *Précis* de *Khalil*, trouvé sa formule définitive.

Or, il y a là, à mon avis, une manière de voir tout à fait erronée.

a. — Tout d'abord, en effet, si les siècles qui ont suivi celui dans lequel a vécu *Khalil*, peuvent être, au point de vue de l'enseignement du droit et de la production juridique, tenus pour des siècles de décadence, il ne faudrait pas croire, cependant, que le *Précis* de *Khalil* soit la dernière œuvre originale qu'ait connue l'Occident musulman. L'Occident musulman a produit encore, en effet, à la fin du VIIIe et au commencement du IXe siècle de l'Hégire, des juristes estimés dont l'autorité a été plus circonscrite, peut-être, que celle de *Khalîl*, mais qui se sont acquis, cependant, une renommée aussi durable que celle de ce dernier. Il nous suffira, pour l'établir, de citer les noms d'*Ibn Arafa*, mort en 803 de l'Hégire, « fréquemment cité comme une lumière de l'Ecole » (2) de Tunis, et aux œuvres de qui se

(1) « C'est ainsi que nos jurisconsultes africains sont cristallisés dans le *Mokhtaçar* de Khelil ben Ishaq qui est devenu ici presque la seule autorité religieuse et qu'on appelle toujours *Sidi Khelil* par respect. On n'étudie même plus l'ouvrage du fondateur du rite, le *Mouwat't'a* de l'imam Malék. A quoi bon puisque Khelil a tout prévu et est en somme beaucoup plus complet que l'imam » (Doutté, *op. cit.*, p. 27).

(2) Fagnan. *Les Tabakat Malékites, loc. cit.*, p. 108. — Cf. *El Bostan ou Jardin des biographies des saints et savants de Tlemcen*, par Ibn

réfèrent souvent les commentateurs de *Khalil* eux-mêmes (1), — et d'*Ibn 'As'em*, décédé en l'an 829 de l'Hégire, qui fut Cadi à Grenade et dont la *Toh'fat* a joui et jouit encore d'une telle estime qu'elle est, à l'heure actuelle, avec le *Précis* de *Khalil* et deux ou trois autres traités, l'un des ouvrages servant de base à l'enseignement du droit à la Mosquée de *Karaouiyn* de *Fez* (2).

b. — Il faut, en outre, tenir compte de ce fait que la bibliographie du droit musulman n'a pas compté seulement des traités doctrinaux, mais aussi des *traités de pratique judiciaire*, de véritables recueils de jurisprudence où les juges s'efforçaient de découvrir, tout aussi bien que dans les ouvrages de pure doctrine, les solutions à donner aux litiges qui leur étaient soumis ; telle la *Tebs'irat el-H'oukkam*, d'*Ibn Farh'oun*, espagnol d'origine, né à Médine, mort en l'an 799 de l'Hégire, — laquelle « est de nos jours quotidiennement employée par les juges et les légistes » (3), ou le recueil de *Fétouas* des *fouk'aha* du Maghreb d'*El Ouancharisi*, décédé en l'an 914 de l'Hégire (4).

c. — D'autre part, quelle qu'ait été la faveur avec laquelle le *Précis* de *Khalil* a été accueilli au Maghreb, cette faveur n'a pas été telle qu'elle ait fait perdre le souvenir de tous les traités qui, jusqu'alors, avaient fait autorité. La *Risalat*, notamment, demeura classique ; on continua de l'étudier en même temps que le *Mokhtas'ar de Khalil* (5). Il semble même qu'à mesure que s'accentua « la décadence et le déclin de la science » (6), la *Risalat* ait reconquis peu à peu tout le terrain que l'introduction des œuvres de *Khalil* au Maghreb lui avait fait perdre. Fournissant un nombre considérable de solutions, cent mille explicites et cent mille implicites, dit-on (7), mais rédigé en phrases d'une

---

Maryem Ech-Chérif el-Melity, traduit et annoté par F. Provenzali, p. 56, 107, 156, etc...

(1) Cf. Seignette, trad. de Khalil, Introduction, p. LXV.

(2) Cf. *L'Enseignement indigène au Maroc*, (*Rev. M. Mus.*, t. XV, p 445).

(3) Fagnan, *Les Tabakat Malêkites*, *loc. cit.*, p. 110, note 2.

(4) *La Pierre de touche des Fêtwas*, 2 vol., trad. Emile Amar.

(5) Cf. El Bostan, trad. Provenzali, p. 107.

(6) *Eod. loc.*

(7) Vincent, *op. cit.*, p. 35.

extrême concision et écrit dans une langue obscure, le *Précis* de *Khalil* ne fut bientôt intelligible qu'à un petit nombre. La *Risalat*, au contraire, ne donnant que les principes essentiels de la doctrine malékite, d'une lecture facile, demeurait accessible à la masse. Elle devint le manuel de droit par excellence, au point qu'on a pu écrire que , « de tous les livres élémentaires du rite, c'est incontestablement le plus classique (1) ».

Et il résulte des renseignements que nous avons recueillis en Algérie, de ce qui nous a été dit, notamment, par M. le cadi *Abderrazak Lacheref*, qu'à la veille de l'occupation française, la *Risalat* était entre les mains de tous les *fouk'aha*, alors que, seuls, quelques mouftis ou cadis des villes telles qu'*Alger*, *Constantine* ou *Tlemcen*, qui étaient demeurées des centres d'études juridiques, possédaient le *Mokhtas'ar* de *Khalil*. — Nous tenons, également, de M. *Cherchali*, ancien professeur à la Médersa d'Alger, qu'il y a moins de trente ans, le *Mokhtas'ar* de *Khalil* était encore si peu répandu que son beau-père, le Cheikh *Saïd*, également professeur à la Médersa d'Alger, ne put que très difficilement s'en procurer une copie complète.

D'ailleurs, M. *Perron*, le premier français qui ait entrepris la traduction du *Mokhtas'ar* et le seul qui l'ait donnée intégrale, rapporte que lorsque le Ministre de la guerre l'eut chargé de

---

(1) *Eod. loc.*, p. 45. — « Il (Le Sultan Sidi Mohammed ben Abdallah) ne voulait pas qu'on étudiât ainsi et ne laissait personne lire le *Mokhtas'ar* de Khelil, celui d'Ibn'Arafa, et autres ouvrages du même genre. Il ne ménageait pas les humiliations à ceux qui faisaient la lecture de ces ouvrages, *si bien que le* Mokhtas'ar *de Khelil fut sur le point d'être entièrement abandonné. Il recommandait, au contraire, l'étude de la* Risala *et du* Tehdib *et autres traités similaires*... Le Sultan Moulay Sliman, quand il arriva au pouvoir, encourageait, au contraire, l'usage du *Mokhtas'ar* et donnait beaucoup d'argent pour ceux qui l'apprenaient par cœur et l'enseignaient... *Je dirai que l'opinion du Sultan Sidi Mohammed* (Dieu lui fasse miséricorde !) *était la bonne... Le dessèchement de l'eau de la science et la décroissance du savoir des gens d'étude dans l'Islam sont dûs à ce qu'on ne se sert plus que des abrégés qui sont difficiles à comprendre, et qu'on laisse de côté les ouvrages des auteurs anciens, dans lesquels les idées sont longuement développées et les arguments très clairs, et qui permettent à celui qui les étudie, d'arriver à posséder leur contenu* » (Es-Slaoui, *Kitab el Istiqsa*, trad. Fumey, *Arch. Maroc*, t. IX, p. 356 et 357).

cette traduction, son premier soin fut de chercher à se procurer à la Bibliothèque royale les ouvrages qui lui étaient indispensables pour remplir sa mission. Or, s'il y trouva un excellent manuscrit du *Mokhtas'ar*, il n'y rencontra pas un seul commentaire complet, et comme le *Mokhtas'ar* est parfaitement inintelligible sans le secours des commentaires, c'est d'Egypte qu'il dut se faire expédier les commentaires sans lesquels il lui eût été impossible de mener à bien la tâche qu'il avait assumée (1).

D'autre part, si l'on consulte le catalogue des manuscrits arabes de la Grande Mosquée d'Alger publié par M. *Ben Cheneb*, on constate que sa bibliothèque ne possède que quelques commentaires du *Précis* de *Khalil*, et qu'il n'en est pas un seul qui soit complet.

Enfin, le dépouillement des livres et manuscrits provenant du Soudan et remis à la bibliothèque nationale à la suite des campagnes du général *Archinard*, alors colonel, a révélé l'existence d'un nombre d'exemplaires ou de copies manuscrites de la *Risalat* si considérable qu'on est en droit d'affirmer que, si ce traité n'est pas le seul ouvrage de droit que connaissent les Musulmans du Soudan, il est, du moins, pour eux, le manuel de droit par excellence.

Il est bien vrai qu'en certaines régions de l'Algérie, dans le département d'Oran, par exemple, la *Toh'fat* d'*Ebn 'As'em* est, peut-être, plus répandue que ne l'est la *Risalat* et qu'en quelques villes de la même région, telle que *Mazouna* (2), qui sont demeurées des foyers d'études juridiques, *Khalil* bénéficie, aujourd'hui encore, d'un véritable culte ; il n'en est pas moins vrai que, de l'ensemble des faits ci-dessus relatés, se dégage cette impression que jamais le *Précis* de *Khalil* n'a eu, en Algérie, sur la pratique judiciaire, l'influence et l'autorité que nous lui avons prêtées.

d. — Nous ne prétendons pas, toutefois, que le droit effectivement appliqué aux musulmans d'Algérie, à la veille de l'occu-

---

(1) Cf. trad. de Khalil, t. I., aperçu préliminaire, p. XXI et suiv.

(2) Nous devons ce renseignement à l'obligeance de M. W. Marçais, Professeur à l'Ecole des Langues orientales, ancien Inspecteur général des Ecoles indigènes en Algérie.

pation française, fût encore celui de la *Risalat*, et nous n'entendons pas dire que, si le droit maghrébin n'a pas trouvé sa formule définitive dans le *Précis* de *Khalil*, il l'a trouvée dans la *Risalat*. Quelque grande, en effet, que soit encore, l'estime en laquelle les Musulmans d'Algérie tiennent la *Risalat*, et malgré qu'aujourd'hui, encore, la *Risalat* soit demeurée, pour eux, le manuel de droit par excellence, celui que l'on met entre les mains de tous les débutants (1), on ne saurait prétendre que les principes formulés dans ce manuel étaient, encore, à la veille de l'occupation française, ceux qui régissaient les rapports juridiques des indigènes d'Algérie ; car, quelque lent que puisse être le développement politique, social ou économique d'un peuple il est invraisemblable, qu'après des siècles écoulés, les rapports juridiques se soient si peu modifiés que les mêmes règles leur soient demeurées applicables et aient pu continuer de leur demeurer appliquées. Le droit est, en effet, en perpétuelle transformation, et si la loi écrite n'est pas modifiée et constamment adaptée aux rapports juridiques nouveaux qui viennent à s'établir, il arrive fatalement un moment où le juge se trouve dans l'impossibilité, même au prix d'une interprétation nouvelle, de baser, pour sanctionner ces rapports juridiques nouveaux, sa sentence sur cette loi écrite, et se voit contraint, pour légitimer les pratiques nouvelles, d'invoquer les usages, et d'admettre la *coutume* au nombre des sources du droit.

Et c'est là ce qui s'est produit au Maghreb : il suffit, pour s'en convaincre, de voir combien diffèrent les contrats agricoles pratiqués au temps de Khalil et dont le jurisconsulte nous donne les règles, de ceux qui sont en usage aujourd'hui, quelles différences séparent, par exemple, la *Khamessat algérienne* de la *Mouzara'at* du *Précis;* et c'est là, notamment, ce qui explique que *Derdir*, le commentateur de *Khalil*, ait été amené à ranger l''*Orf* ou coutume, au nombre des sources fondamentales du droit, et ait été jusqu'à admettre, qu'en certains cas, l''*Orf* pourrait l'emporter sur l'*idjma*' (2).

Quel était ce droit maghrebin d'origine coutumière, qui s'est

---

(1) Vincent, *op. cit.*, p. 34.

(2) Cf. Derdir, *Comment de Khalil*, t. II, p. 238, l. 12 et p. 295, l. 4.

ainsi formé à côté du droit écrit ? — Nous le savons, dans une certaine mesure, par le Recueil de *Fetouas* qu'a publié *Ahmed el-Ouancharisi* (1). Mais *El-Ouancharisi* est mort en l'an 914 de l'Hégire, qui correspond à l'année 1508 de notre ère, et depuis cette époque, nous ne savons rien, absolument rien de ce qu'a été le droit du Maghreb (2).

37. — Il serait, cependant, intéressant de le savoir. Ne serait-ce qu'au point de vue de l'intelligence de certaines institutions, de certaines particularités, notamment, du régime foncier algérien antérieur à la conquête, dont nous nous sommes efforcés de trouver l'analogue dans le droit des pays musulmans d'Orient, et dont l'étude du droit coutumier marocain nous fournirait bien plutôt l'explication, puisqu'ainsi qu'on l'a vu, le Maghreb s'est pendant longtemps systématiquement fermé aux influences orientales. Il sera, même, indispensable de le savoir le jour où l'on voudra entreprendre d'écrire ou d'enseigner l'histoire, non pas du droit musulman, ce qui serait tout aussi déraisonnable et prétentieux, que de vouloir écrire ou enseigner l'histoire du droit mondial ou, même, simplement, du droit européen ou asiatique, — mais des pays musulmans de l'Afrique mineure.

Il ne suffirait point, en effet, de retracer, ce qui serait relativement facile, étant donnés les renseignements bibliographiques qui ont été déjà recueillis, — le développement du droit malékite en Espagne et au Maghreb depuis les origines jusqu'au début du XVIe siècle de notre ère, de rechercher les points sur lesquels les docteurs espagnols se sont séparés des docteurs maghrebins (3), de chercher à expliquer ces divergences et de s'en tenir là.

---

(1) *La pierre de touche des Fetwas*, trad. Emile Amar.

(2) La *Revue du Monde Musulman* (septembre 1913, p. 298 et suiv.) a annoncé la publication à Fès en 1328 (1910) d'un ouvrage qui comble cette lacune : *La nouvelle pierre de touche des Fatwas* du Faqih *Al Mahdi al Ouazzani Al-Imrani*. V. en outre, les renseignements donnés par Milliot ; *Démembrements du Habous*, p. 7, note 1.

(3) Abou el-Hasan Ali ben At'iyya el Ouancharisi, *Vers sur les points dans lesquels les jurisconsultes espagnols se sont écartés de l'Ecole*

Il est bien vrai, qu'au XVIe siècle de notre ère, la science du droit est en pleine décadence au Maghreb (1); il se peut, aussi, que ce siècle et ceux qui l'ont suivi, aient marqué, pour le Maghreb, une période de véritable stagnation économique ; il est invraisemblable, cependant, que pendant plus de trois siècles, au Maghreb, aucune transformation des rapports juridiques ne se soit réalisée, que le droit n'ait point évolué.

Il y aurait lieu, en conséquence, selon nous, pour la période qui s'ouvre avec le XVIe siècle de notre ère et se termine avec l'année 1830, de recueillir et de traduire les traités de pratique judiciaire et les *fetouas*, œuvres de *fouk'aha* du Maghreb, ainsi que les jugements rendus par les cadis.

A la vérité, par suite « de la décadence et du déclin de la science » il y a tout lieu de penser que ces traités de pratique judiciaire sont assez rares ; il en existe, cependant. Le catalogue de la Bibliothèque nationale d'Alger, établi par les soins de M. *Fagnan*, fait, en effet, mention d'un Recueil de questions juridiques accompagnées de leurs solutions, dans lequel on trouve de nombreux renseignements administratifs et politiques concernant le Maghreb, de *Yahya ben Mousa*, mort en 883 de l'Hégire (2), et la bibliothèque de la Médersa de Tlemcen possède un manuscrit dont l'auteur, *Abou Othman Sa'ïd el-Amiri et-Tedli*, est mort en l'an 1718 de notre ère, et qui traite de nombreuses questions de jurisprudence locale spéciales à la région de Fez (3).

D'autre part, il est bien probable que, toujours à raison « de la décadence et du déclin de la science », le nombre des juristes en situation de délivrer des *fetouas* a dû singulièrement diminuer ; l'usage de solliciter des *fetouas* n'a, cependant, point disparu. C'est ainsi qu'au cours de la lutte qu'il a soutenue contre la France, nous voyons l'émir *Abd el Kader* obtenir une

---

Malékite. — Cf. Mohammed ben Cheneb, *Catalogue des Manuscrits arabes de la Grande Mosquée d'Alger*, p. 60, XI.

(2) V. également, les renseignements fournis dans le même catalogue sous le n° 1370.

(3) Cf. Cour, *Catalogue des Manuscrits arabes de la Médersa de Tlemcen*, p. 51, n° 104.

fetoua d'un *fak'ih* de Fez, *Sidi Ali et-Tsouli, fetoua* extrêmement curieuse, où se trouvent développées touchant, notamment, la question de l'origine et de la justification de la responsabilité collective des tribus, des considérations du plus haut intérêt (1) et dont la lecture a augmenté les regrets que nous avons à constater que, pour la période postérieure à *El-Ouancharisi*, l'œuvre si précieuse et si remarquable de M. *Emile Amar* n'a pas été continuée (2).

Quant aux jugements de cadis, il se peut que, pour la plupart, ils n'aient pas été consignés par écrit, et que, pour la plupart, aussi, ils ne soient pas motivés. — Il n'en est pas moins vrai que certains d'entre eux pourraient être retrouvés ou reconstitués et que, s'ils ne portent point trace de motifs, ils doivent, tout au moins, contenir un exposé des faits qui renseignerait suffisamment sur les pratiques en usage, les mœurs et les coutumes de l'époque à laquelle ils ont été rendus.

Nous ne nous dissimulons pas ce qu'un pareil travail exigerait, non seulement d'efforts matériels, mais surtout d'intelligence, de discernement, de science de la langue arabe et de l'écriture maghrébine en même temps que de connaissances juridiques. Mais l'on trouverait aisément dans la haute administration algérienne, ainsi que dans le personnel enseignant de l'Université d'Alger, des hommes en situation d'assumer la direction d'une telle entreprise et de la mener à bien. Ajoutons, enfin, qu'à une telle entreprise des indigènes cultivés et lettrés, pourraient fournir une précieuse collaboration.

38. — Quoi qu'il en soit, nous en sommes demeurés, en Algérie, au droit de *Khalil*, c'est-à-dire à un droit vieux de plus de cinq siècles, ou, plutôt, nous avons commis l'erreur de croire que nos indigènes en étaient restés là ; et, cette erreur, on le verra par la suite, a eu des conséquences quelque peu fâcheuses.

Mais d'où vient-elle ?

Vraisemblablement, le jour où, l'établissement de la France

(1) Cf. *Archives Marocaines*, t. XI, p. 116 et suiv., et 384 et suiv.

(2) V. *Sup.*, p. 81, note 4.

en Algérie étant devenu définitif, on résolut de soumettre la justice indigène au contrôle des juges français, l'on estima qu'il était bon de faire traduire, pour le mettre entre les mains de ces derniers, le recueil des lois d'après lesquelles la justice était rendue aux indigènes ; et, pour connaître ce recueil, tout naturellement, l'on s'adressa au Cadi malékite d'Alger qui, plus instruit, pouvant y recourir et y recourant de préférence à raison du très grand nombre des espèces qui y étaient prévues et dont il y trouvait la solution (1), nous indiqua le *Précis* de *Khalil*. — Peut-être, aussi, M. Worms nous a-t-il fourni l'explication de notre erreur, lorsqu'il a écrit qu' « en Afrique, on ne craint pas de nous laisser entre les mains le *Moukhtasser* ou abrégé de Khalyl, certain que l'on est que celui qui n'est pas initié aux secrets de la loi et de la société musulmanes ne pourra, tout seul, en déchiffrer une phrase, quelque versé qu'il puisse être dans la connaissance de la langue arabe » (2).

Quoi qu'il en soit, nous n'ignorions pas que l'ouvrage de *Khalil* était vieux de plusieurs siècles ; mais nous considérions que, pour les Musulmans, le droit et la religion se confondent ; nous tirions, de là, cette conséquence que, pour les Musulmans, les principes juridiques ont la fixité, l'immobilité des dogmes religieux ; et comme l'attachement des Musulmans à leur religion nous était connu, pas un instant nous n'avons douté que le *Précis* de *Khalil* ne fût tenu, par les indigènes de l'Algérie et tous ces indigènes, comme l'expression complète et définitive de la loi des Musulmans du Maghreb (3).

Nous ignorions, ce qu'a si excellemment montré *Snouck-Hurgronje*, que le droit enseigné, depuis des siècles, n'a plus

(1) Cf. Vincent, *op. cit.*, p. 35.

(2) Khalil, trad. Perron, t. I, p. XIX.

(3) La vérité, c'est que les indigènes de l'Algérie sont loin d'avoir pour le *Précis* de *Khalil*, la haute estime que nous leur prêtons. Ainsi que nous le rappelait récemment le maître orientaliste *Dinet*, l'un de ceux qui ont le mieux pénétré la Société indigène, nos musulmans font grief à *Khalil* de l'obscurité de son *Précis*, l'accusant de l'avoir voulue, afin de permettre au juge de donner gain de cause à tel des plaideurs que bon lui semble et de toujours soutenir que la sentence, rendue par lui, l'a été en conformité de la loi.

rien de commun avec le droit appliqué, que « l'Ecole continue à enseigner avec le plus grand sérieux quels fonctionnaires il y a dans l'Etat mahométan théorique, qui n'existe nulle part en réalité, et en quoi consistent leurs fonctions ; elle continue à décrire l'administration des revenus imaginaires de cet Etat d'après des lois qui n'ont été tant soit peu appliquées que pendant les trente premières années de l'Islam ; elle continue à tracer la route qu'il faut suivre pour amener le monde entier sous l'autorité mahométane et à déterminer les lois de la guerre, les droits et les obligations des infidèles soumis, etc., etc. ; *elle ne se lasse pas d'enseigner une doctrine des contrats civils et un droit commercial absolument inapplicables dans les conditions actuelles du commerce et des affaires, en un mot, elle s'évertue à tracer les règles du droit qui devraient régir le monde s'il était tout autre que ce qu'il est en réalité* » (1).

Tout cela nous l'ignorions, et pas un instant nous n'avons songé à rechercher si, depuis l'époque à laquelle avait vécu *Khalil*, c'est-à-dire depuis le XIVe siècle de notre ère, ne s'étaient pas introduits des usages et fondée une jurisprudence en opposition sur bien des points avec les solutions fournies par le *Précis*.

Pour nous, le *Précis* de *Khalil* avait été et était demeuré le Code des Musulmans malékites, non seulement d'Alger et de quelques autres villes, mais, aussi, de l'Algérie tout entière ; et voilà comment depuis le jour où la France s'est préoccupée de rendre la justice aux Musulmans malékites d'Algérie, c'est d'après *Khalil* et uniquement d'après lui, que cette justice a été rendue aussi bien par les juges indigènes formés et institués par nous que par les magistrats français.

Il a dû se passer, en somme, en Algérie, ce qui se passe aujourd'hui, au Sénégal, où il semble bien que ce soit nous qui avons introduit le *Précis* de *Khalil*. Sous prétexte qu'il est, au Sénégal, des musulmans malékites, des tribunaux musulmans ont été constitués à Dakar, St-Louis et Rufisque, composés d'un

(1) *Op. cit.*, p. 21 et 22.

cadi, assisté d'*adoul* entre les mains de qui nous avons placé la partie du *Précis* de *Khalil*, traduite par *Seignette*, en les invitant à se conformer aux dispositions du *Précis*, tant pour le prononcé des jugements que pour la rédaction des actes, alors que les indigènes, les *Ouolofs* en particulier, ont toujours protesté et protestent encore que, s'ils sont Musulmans, ils n'ont jamais obéi qu'à leurs coutumes et entendent conserver le droit de n'obéir qu'à elles.

Et ce qui se passe au Sénégal, se passera au Maroc, si nous n'y prenons garde. Les Marocains ont été beaucoup plus fortement et profondément islamisés que ne l'ont été les Sénégalais. Il n'en est pas moins vrai que si, à une certaine époque, le droit de *Khalil* a peut-être reçu, au Maroc, une stricte et intégrale application, il y a beau temps qu'il a été modifié, déformé, abrogé par l'usage et que c'est, non d'après la loi écrite, mais d'après la coutume que jugent la plupart des cadis marocains (1). Il faudrait éviter qu'avec nos habitudes de clarté, notre besoin de précision, de sécurité, de certitude, et notre manie de l'uniformité, — au lieu de nous enquérir, dans chaque région, des mœurs, des traditions et des coutumes, nous ne soumettions, purement et simplement, les indigènes marocains, parce que musulmans malékites, à l'observation des prescriptions contenues dans le *Précis de Khalil* (2).

39. — Il faudrait l'éviter parce qu'il n'est pas douteux que notre manière de procéder a eu, en Algérie comme au Sénégal, de fort regrettables conséquences.

Politiquement, nous avons commis une maladresse. Au Sénégal, où l'islamisation des indigènes est toute de surface,

---

(1) Au mois d'avril 1912, le Cadi de Casablanca, sollicité d'appliquer à la difficulté qui lui était soumise, la solution donnée par *Khalil* et ses commentateurs, répondit « qu'il n'avait que faire de la loi écrite et qu'il jugeait d'après la coutume » (Extrait d'une lettre de M. Baudin, ancien officier interprète, avocat-défenseur près le tribunal consulaire de Casablanca, en date du 16 avril 1912).

(2) Un *dahir* du 20 choual 1332 (11 septembre 1914) a reconnu l'existence, au Maroc, de tribus dites de Coutumes berbères, qui sont et demeurent régies et administrées selon leurs lois et coutumes propres.

l'application stricte du droit musulman qui leur a été faite, les a vivement mécontentés (1). En Algérie, où l'islamisation avait été complète, les mêmes récriminations ne se sont pas produites ; mais il n'est pas douteux qu'en faisant aux indigènes algériens l'application d'un droit strictement musulman, en enseignant aux magistrats indigènes que nous avons formés, les principes de ce droit et en remettant en honneur un docteur musulman dont le culte n'était plus entretenu que dans quelques mosquées et de rares zaouïas, nous avons, en quelque sorte, fait revivre la société musulmane du XIVe siècle de notre ère, ressuscité les influences musulmanes qui, il y a plusieurs siècles, se sont exercées sur les indigènes algériens ; nous les avons réislamisés, et il n'est pas douteux que, socialement et par la mentalité, ces indigènes sont, aujourd'hui, plus loin de nous qu'ils ne l'étaient à l'époque de la conquête.

Si, d'ailleurs, les indigènes algériens, très fortement attachés encore à l'islamisme au moment de l'occupation française, ont subi sans protester, parce que restés foncièrement musulmans sans doute, l'application d'un droit qui avait cessé d'être le leur, il ne faudrait pas croire qu'ils n'aient pas eu à s'en plaindre. C'est qu'en effet, sur bien des points, la coutume, en le modifiant, avait singulièrement amélioré le droit musulman du XIVe siècle de notre ère, si bien qu'en substituant ce droit au droit coutumier dont nous ne soupçonnions pas l'exis-

(1) « Les tribunaux musulmans, les Cadis, sont pourvus d'un Sidi Khelil (traduction Seignette, car ici tous actes sont établis en français) et appliquent intégralement aux cas qui leur sont présentés le texte de l'auteur. D'où protestations violentes des justiciables, qui se disent bien Musulmans, mais qui exigent l'application de leurs coutumes, comme d'ailleurs le leur accordent les textes qui régissent la matière. — Les décisions des tribunaux de l'intérieur donnent lieu à moins de critiques, les choses se passent plus en famille et la coutume étant appliquée plus facilement par les juges complètement incultes, et l'administrateur plus conciliant. — Quant à la Chambre de la Cour de Dakar, elle applique souvent avec une rigueur toute judiciaire le droit musulman, puisque les indigènes (les Ouolofs dans le cas) sont soi-disant Musulmans. — D'où cassation, annulation de jugements et désordre dans l'esprit des gens et quelquefois dans les villages » (Extrait d'une lettre de M. Marty, officier interprète en service à Dakar, en date du 24 décembre 1912).

tence, nous avons privé les indigènes de toutes les améliorations ainsi réalisées et que notre intervention a marqué une régression dans l'évolution de leurs institutions.

En matière de mariage et de répudiation, par exemple, la doctrine admise par *Khalil* est que le mariage peut se former par un simple échange de consentements, en présence de témoins (1), de même que la dissolution du mariage par la répudiation peut résulter du seul fait de la prononciation d'une formule répudiaire par le mari, voire même d'une simple « indication de nature à faire comprendre » (2) son intention de répudier. Or, ce sont là des règles dont, pratiquement, les inconvénients se sont très vite manifestés nombreux et considérables. Il arrivait fréquemment, en effet, qu'au décès du mari, la veuve était écartée de la succession du défunt par la famille de ce dernier, sous prétexte qu'elle n'avait jamais été mariée, ou sous prétexte qu'elle avait été répudiée ; et la femme ne pouvant rapporter une preuve certaine de son mariage ou se voyant opposer des témoins de complaisance affirmant le fait de la répudiation, le juge se trouvait dans l'obligation d'agréer la demande de la famille du mari. Aussi, l'usage s'était-il introduit en Algérie, comme en tout pays musulman (3), de faire constater par actes de cadi les mariages et les répudiations, et la jurisprudence avait fini par admettre, qu'en l'absence d'un acte de cadi, le mariage et la répudiation seraient tenus pour

(1) Encore est-il bon d'observer que le jurisconsulte se borne à recommander la présence des témoins à la conclusion de l'acte et ne requiert leur présence qu'à la consommation du mariage. Cf. *Mariage et Répudiation*, trad. Fagnan, p. 5 et 6.

(2) *Eod. loc.*, p. 118.

(3) Cf. notre *Avant-projet de Code Musulman Algérien*, art. 33, note 2 ; art. 143, note 1.

« Le mariage contracté en Tunisie, entre Musulmans, ne peut, d'après la coutume, être prouvé autrement que par un acte passé devant notaires » (Tunis, 23 mai 1911 ; *J. Robe*, 1912, p. 92).

Au Maroc, « les Adoul sont en quelque sorte des notaires et des greffiers ; de plus, ce sont eux qui dressent les actes de mariage ou de répudiation » (*Rev. du M. Mus.*, mars 1911, p. 522).

« Dans la coutume, elle (la publicité du mariage) se traduit par un fait : la comparution des futurs conjoints devant 2 témoins dits notaires et la rédaction de l'acte de mariage » (P. Marty, étude inédite sur *le droit coutumier de la Chaouïa*).

inexistants. De par la coutume, le mariage et la répudiation étaient devenus des actes solennels ; et c'était là une réforme extrêmement heureuse ; or, tout récemment, la Cour d'Alger, Chambre de révision musulmane, se refusait à annuler un jugement qui avait autorisé la preuve de la répudiation par témoins, voire même par commune renommée ; elle admettait, également, que le mariage pût se prouver par témoins (1).

De même, selon *Khalil* et les docteurs de son temps, la preuve testimoniale est le mode de preuve par execellence ; elle est recevable en toute matière, quelle que soit l'importance des intérêts en jeu ; elle peut être opposée à la preuve écrite, même quand l'acte produit est un acte de cadi, si bien que ces docteurs, comme on l'a dit, n'ont pas la notion de l'acte authentique. — Or, tout le monde sait ce que vaut la preuve testimoniale chez les Musulmans. Aussi, en Algérie, comme en tous pays musulmans, des usages s'étaient-ils introduits qui avaient peu à peu restreint le champ d'application du témoignage, affirmé la prééminence de la preuve écrite sur la preuve orale et interdit l'administration d'une preuve contraire, sauf en certains cas spéciaux, à l'encontre d'un acte de cadi (2). Or, les juridictions françaises, en Algérie, ont toujours posé, en principe que, pour les Musulmans algériens, la preuve pouvait toujours être faite par le témoignage (3), et, très fréquemment, elles ont admis qu'il pouvait être prouvé par témoins contre et outre le contenu à un acte de cadi (4).

De même, enfin, c'est au *Kitab el Ah'kam es-Soult'anïïat d'El Maouerdi*, docteur chaféïte, vivant au XIe siècle de notre ère, et décrivant le régime foncier de l'Orient en vigueur à son époque, que nous avons demandé de nous renseigner sur l'organisation de la propriété foncière en Algérie au temps de la conquête française, croyant qu'il y avait un régime foncier musulman

(1) Alger (Ch. de rév.), 8 juin 1911 (*Rev. Alg.*, 1911. 2. 356) ; 7 mai 1920 (*J. Robe* 1920, p. 84).

(2) Cf. notre *Avant-projet de Code Musulman Algérien*, art. 750, notes 2. 3 et 4.

(3) V., cependant, en sens contraire, Alger, 7 février 1920 (*Bul. J. p. Alg.*, 1921, p. 26).

(4) Trib. Alger, 30 janvier 1911 (*J. Robe*, 1911, p. 107).

applicable et appliqué en tous pays musulmans. Il suffit de consulter le précieux recueil des *Fétouas* de *Ouancharisi* dont nous devons une impeccable traduction à M. *Amar* et les remarquables travaux de MM. *Aubin*, *Michaux-Bellaire* et *Amar* sur l'organisation de la propriété foncière au Maroc, pour voir combien différait du régime foncier d'Orient le régime foncier du Maghreb, pour comprendre combien déplorables, pour nos indigènes, ont dû être, quelquefois, les conséquences de notre erreur.

Ces exemples pourraient être multipliés ; mais ils suffisent amplement à montrer quelle méprise nous avons commise en tenant pour synonymes, les mots : *droit musulman malékite*, et *droit des Musulmans malékites de l'Afrique du Nord*, — et combien fâcheuses ont été les conséquences de cette méprise (1).

40. — *Bibliographie du droit musulman algérien.* — Il ne sera fait mention que des ouvrages d'un usage courant en Algérie, où vivent, à l'heure actuelle, encore, des Musulmans des deux rites malékite et hanéfite.

Rite malékite. — La *Risalat* de *Ben Abi Zaïd el Kairouani* et la *Tebs'irat el H'oukkam d'Ibn Farh'oun*, dont il a été parlé ci-dessus (2).

Le *Moukhtas'ar* de *Khalil*, traduit intégralement en français par M. *Perron* (3), et partiellement par M. *Seignette* (4) et par M. *Fagnan* (5).

---

(1) Aussi serait-il désirable que, sans plus tarder, et pour atténuer ces conséquences, force exécutoire fût donnée au projet de Code établi par la *Commission de Codification du droit musulman algérien*, qui, tout en consacrant les principes fondamentaux de la loi musulmane, a fait une large place aux usages reçus en Algérie et a tenu compte des améliorations réalisées dans les pays musulmans étrangers.

(2) V. *Sup.*, nos 33 et 36.

(3) Précis de Jurisprudence Musulmane ou Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite malékite par *Khalil ibn Ishak*, traduit de l'arabe par M. Perron, 6 vol.

(4) Code Musulman par *Khalil*. — Rite Malékite. — Statut réel. — Texte arabe et traduction française, par *N. Seignette*, 1 vol.

(5) Sidi Khalil, *Mariage et Répudiation*. — Traduction avec commentaires par E. Fagnan, 1 vol.

La *Toh'fat* d'*Ibn 'As'em*, traduite en français par MM. Houdas et Martel (1).

Le *Kitab Medjmou'a el afad fi'alem ec-chehad* de *Mohammed el-Bachir et Touati*, traduit en français par M. *Abribat* (2).

Sautayra et Cherbonneau : Droit musulman. — Du statut personnel et des successions ; 2 vol.

Zeys : Traité élémentaire de droit musulman algérien (Ecole malékite) ; 2 vol. — Essai d'un traité méthodique de droit musulman (Ecole malékite) ; t. I.

Luciani : Traité des successions musulmanes (*ab intestat*) ; 1 vol. (3).

Rite Hanéfite. — Le *Moukhtas'ar* d'*Ahmad el Kodouri*, mort en l'an 428 de l'Hégire.

Le Dourr el Mokhtar d'Ala Eddin ben Ali ben Mohammed, décédé en 1088, commenté par *Ebn Abidin*, mort en 1258 de l'Hégire.

Mouradgea d'Ohsson : Tableau général de l'Empire ottoman. — Cet ouvrage en sept volumes, édité en 1787, contient une traduction partielle avec commentaire du *Moultek'a-el-Abh'our* d'*Ibrahim el H'alebi*.

---

(1) Traité de droit musulman. — La *Tohfat d'Ebn Acem* ; texte arabe avec traduction française ; commentaire juridique et notes philologiques par O. Houdas et F. Martel, 1 vol.

(2) Recueil de notions de droit musulman (rite malékite et rite hanafite) et d'actes notariés : judiciaires et extrajudiciaires par le Cheikh Monseigneur *Mohammed Elbachir Ettouati*, traduit et annoté par Jules Abribat, 1 vol.

(3) Ce traité est présenté sous forme de commentaire de la *Rahbia*, l'un des ouvrages les plus complets et les plus recherchés parmi ceux consacrés à l'étude des successions musulmanes, et la *Rahbia* donne les règles qui, en la matière, ont prévalu dans l'Ecole Chaféïte. Mais les commentaires de la *Rahbia* donnent les solutions qui, en la matière, ont prévalu dans les autres Ecoles. D'autre part, la doctrine chaféïte, en matière de succession *ab intestat*, diffère peu de la doctrine malékite. Et, en fait, la *Rahbia* se trouve entre les mains de la plupart des magistrats indigènes de l'Algérie et est souvent consultée par eux. Aussi avons-nous cru devoir faire figurer l'excellent traité de M. Luciani dans notre bibliographie algérienne du rite malékite.

Kadri Pacha : Statut réel d'après le rite hanafite. — Du Wakf. Ces deux ouvrages ont été traduits en français par *Abdulaziz Kahîl Bey.*

Clavel : Droit musulman. — Du Statut personnel et des Successions d'après les différents rites et plus particulièrement d'après le rite hanafite ; 2 vol.

Le Wakf ou Habous d'après la doctrine et la jurisprudence (Rites hanafite et malékite) ; 2 vol.

Van den Berg : Principes du droit musulman selon les rites d'Abou Hanifah et de Chafi'i ; 1 vol. Cet ouvrage a été traduit du hollandais par MM. *de France de Tersant* et *Damiens.*

Padel et *Steeg :* De la législation foncière ottomane ; 1 vol. *Nedjib H. Chiha :* Traité de la propriété immobilière en droit ottoman ; 1 vol. — Malgré que ces deux ouvrages soient principalement consacrés à l'étude du régime actuel de la propriété foncière dans l'empire ottoman, on y trouve, cependant, d'assez nombreux renseignements touchant les prescriptions du rite hanéfite en matière de statut réel immobilier.

En dehors des ouvrages consacrés spécialement à l'exposé de la doctrine de tel ou tel rite déterminé, il en est dont les auteurs se sont donné pour mission de signaler, sur chaque question, les divergences existant entre les divers rites orthodoxes. Les plus répandus et les plus estimés, en Algérie, parmi les ouvrages de cette catégorie, sont :

La *Bidaïat el Modjtahid oua Nihaïat el Mok'tas'id,* d'*Ibn Rochd,* qui vécut au XIIe siècle de notre ère.

Le *Mizan ec-cheri'aat d'Abd el Ouahhab ec-Charani,* qui vivait au XVIe siècle de notre ère. — Le *Mizan* a été traduit en français par M. *Perron.* Des extraits de cette traduction ont été publiés en 1898 par les soins de M. *Luciani.*

41. — *Sectes hérétiques. — Rite Kharidjite Abadhite. — Rite Chiite.*

Les hérésies ont été fort nombreuses dans l'Islam, puique le nombre des sectes hérétiques s'est élevé jusqu'à soixante-

douze (1) ; le Prophète, disent les Orthodoxes, en avait, d'ailleurs, prévu et annoncé la formation.

Celles de ces sectes dont l'étude présente pour nous, le plus d'intérêt, sont : la secte *Kharidjite Abadhite*, la secte *Chiite* et la secte *Ouahhabite* du *Nedjed ;* — la première, parce que c'est à elle que se rattachent nos indigènes du *Mzab*, nos *Mozabites ;* — la seconde, parce que c'est à elle que sont affiliés les Musulmans de nos possessions de l'Inde ; — la troisième, parce qu'on l'a confondue quelquefois avec la secte *Kharidjite* à laquelle appartiennent nos *Mozabites* et que l'on a soutenu que les *Ouahhabites* du *Nedjed* n'étaient, en réalité, que les *Kharidjites* renouvelés (2).

Nous ne parlerons avec quelques détails ici que des deux premières. Quant à la troisième, nous nous bornerons à faire observer que, née au XVIIIe siècle de notre ère, dans l'Arabie centrale, au Nedjed, maîtresse du Hedjaz pendant les premières années du XIXe siècle, c'est à tort qu'on l'a rattachée à la vieille secte *Kharidjite* et qu'il est même peut-être excessif de la qualifier de secte hérétique, attendu que, comme l'a montré *Goldziher*, c'est au rite hanbalite que doit être rattachée la doctrine de cette secte (3).

42. — *Secte* ou *rite Kharidjite Abadhite.* — *Kharidjite* vient de la racine *kharadja*, qui signifie : sortir. Pour les Orthodoxes les *Kharidjites* sont ceux qui sont *sortis* de l'orthodoxie, des *non-conformistes* (4). *Les Kharidjites* se tiennent, au contraire,

(1) Masqueray, *Chronique d'Abou Zakaria*, Introduction, p. XIX. — Rinn, *Marabouts et Khouans*, p. 21. — Depont et Coppolani, *Les confréries religieuses musulmanes*, p. 38. — « Mon peuple se divise en soixante-treize sectes (fractions), toutes damnées à l'exception d'une » (Hadits attribué au Prophète, *eod. loc.*, p. 64).

(2) Masqueray, *loc. cit.*, p. XXV et LVII. — Zeys, *op. cit.*, p. 21 et suivantes.

(3) Goldziher, *Zeitschr. der deutschen Morg. Gesells.* 1898, t. LII, p. 156 et 157. — *Le dogme et la loi de l'Islam ;* trad. Arin ; p. 227. — L. M., *Les vraies origines dogmatiques du Wahhabisme*, (*Rev. du monde mus.*, t. XXXVI, p. 328 et s.). — En sens contraire, Masqueray, *op. cit.*, p. XXV, LVII et LIX. — Ostrorog, *Traité de droit public musulman d'El Mawerdi*, t. I, p. 33, note.

(4) Dugat, *Histoire des philosophes et des théologiens musulmans*, p.

pour parfaitement orthodoxes et ils déclarent qne s'ils ont été ainsi qualifiés, ce n'est pas parce qu'ils sont *sortis* de la religion, mais parce qu'ils sont *sortis* contre *Mouaouïa* d'abord, puis contre *Ali* (1).

La secte Kharidjite est contemporaine des premières années de l'Islamisme (2). Elle se composait, à son origine, de musulmans pieux et fervents, pour qui le Coran était la propre parole d'Allah, ayant prévu toutes les difficultés d'ordre religieux et ne comportant d'autre interprétation qu'une interprétation stricte et littérale. D'une extrême rigidité de mœurs, ils condamnaient l'amour du luxe et interdisaient les jeux ; ils tenaient les jugements d'Allah pour irrévocables et n'admettaient pas que les peines ne fussent pas éternelles comme les récompenses.

D'autre part, pour eux, tous les Musulmans étaient égaux et le peuple pouvait et devait choisir, pour souverain, celui dont la famille, quelle qu'elle fût, remontait le plus haut vers l'Hégire, et qui était le plus versé dans l'étude du *Coran* et de la *Sounnat* et aussi dans la connaissance des faits mémorables, abstraction faite, par conséquent, de toute considération d'origine, de condition sociale ou de fortune. D'ailleurs, il n'était pas toujours indispensable que la Communauté eût un souverain, et lorsqu'elle en avait un, elle pouvait et devait le déposer, voire même le mettre à mort, lorsqu'il manquait à ses devoirs, quand il sortait de la voie droite (3).

En somme les *Kharidjites* étaient, comme on l'a dit, en même temps que des puritains de l'Islam (4), des démocrates, des républicains (5).

43. — Il ne semble pas que les *Kharidjites*, ainsi qu'on le

---

37. — Macdonald, *Development of Muslim théology, jurisprudence and constitutional theory*, p. 23 et suiv.

(1) Masqueray, *op. cit*, p. xv note 1. — Zeys, *Législation Mozabite*, p. 34.

(2) Zeys, *op. cit.*, p. 34. — Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 49.

(3) Dozy, *op. cit.*, p. 212 et 213. — Dugat, *op. cit.*, p. 36 et 37. — Masqueray, *op. cit.*, p. xviii et suiv. — Encyclopédie de l'Islam, V° *Abadites*.

(4) Zeys, *op. cit.*, 34. — Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 51, note 2.

(5) Dozy, *op. cit.*, p. 212.

verra par la suite, aient attaché aux actes et aux décisions des premiers Khalifes, *Abou-Bekr* et *Omar*, la même autorité que les Orthodoxes et qu'ils en aient fait une sorte de prolongement de la *Sounnat* du Prophète. Il n'apparaît pas, toutefois, qu'ils aient pris une part active aux querelles soulevées par la désignation de ces deux premiers Khalifes, ni qu'ils aient contesté la régularité de leur désignation (1).

Mais ils se sont refusés à reconnaître l'autorité d'*Osman* (2) ; ils furent même quelque peu soupçonnés d'avoir participé à son assassinat (3), et lorsqu'à la mort d'*Osman*, *Ali*, gendre du Prophète, et *Mouaouïa*, gouverneur de Syrie, mais de la tribu de *K'oreïch*, se disputèrent le pouvoir suprême, les *Kharidjites* prirent le parti d'*Ali* et s'unirent aux *Chiites* (4) pour soutenir, les armes à la main, ses prétentions au khalifat.

L'entente fut d'ailleurs de courte durée. A la bataille de *Ciffin*, au moment où les partisans de *Mouaouïa* allaient être écrasés par les *Chiites* et les *Kharidjites* réunis, *Ali* accepta l'offre qui lui était faite de faire régler, par deux arbitres, la question du Khalifat (5). Les *Kharidjites* prétendirent, alors, que ce faisant, *Ali* avait outrepassé ses droits, attendu que le *Coran* n'autorisait le recours à l'arbitrage que dans deux cas seulement : la chasse sur le territoire sacré de la Mecque et le désaccord entre deux époux (6) et de même qu'ils étaient sortis contre *Mouaouïa*, les *Kharidjites sortirent* contre *Ali*.

Persécutés, traqués par les partisans *d'Ali*, les *Kharidjites* résolurent alors de se grouper, de se donner un chef, *Abdallah*

(1) Cf. Zeys, *op. cit.*, p. 12, note 3.

(2) Dugat, *op. cit.*, p. 39. — Zeys, *op. cit.*, p. 37 et 39.

(3) Zeys, *op. cit.*, p. 13.

(4) Partisans d'*Ali*. V. *infra* n° 47.

(5) Dugat, *op. cit.*, p. 38. — Masqueray, *op. cit.*, p. XIV. — Zeys, *op. cit.*, p. 14.

(6) *Eod loc.* — *Coran*, V, 96 : « O vous qui croyez, ne vous livrez pas à la chasse pendant que vous êtes dans la tenue sacrée du pèlerinage. Quiconque tuera un animal à la chasse avec préméditation, sera tenu de le compenser par un animal domestique d'égale valeur ; *deux hommes consciencieux prononceront là-dessus*, et l'animal donné comme compensation sera envoyé en offrande à la Caaba ». — IV, 39 : « Si vous craignez une scission entre les deux époux, *appelez un arbitre de la famille du mari et un arbitre choisi dans celle de la femme* ».

ben Ouahb et, sous la direction de ce dernier et sous le nom de *Ouahbites*, de se défendre les armes à la main. *Chiites* et *Ouahbites* se rencontrèrent à *Nahrouan*. Ce fut pour les *Ouahbites* un désastre. Tous, sauf dix, furent massacrés ; *Abdallah ben Ouahb* était parmi les morts [1].

44. — Mais ce désastre ne devait pas marquer la fin de la secte *kharidjite* ; il ne fut pour elle qu'une terrible épreuve, qui n'amoindrit ni la ferveur de la foi, ni l'esprit de prosélytisme des Ouahbites [2]. Les dix survivants se dispersèrent [3], propagèrent là où ils s'étaient réfugiés, les doctrines de la secte et lui recrutèrent de nouveaux adeptes. Et ainsi se reconstitua la secte *kharidjite ouahbite*, qui, par l'effet, sans doute, de cette dispersion et de ces prédications isolées, ne tarda pas à se fractionner en un certain nombre de branches qui peuvent se ramener à sept principales [4], dont deux seulement nous intéressent parce que ces deux-là, seules, ont joué un rôle dans l'histoire de l'islamisme Nord-Africain, la branche *Abadhite* et la branche *Soffrite*.

La branche *Abadhite* eut pour chef *Abdallah ben Abadh el-Mari*, contemporain du dernier Khalife Mérouan II et mort en l'année 750 de notre ère [5]. — La branche *Soffrite* se rattache à *Abdallah ben Soffar*, selon les uns et, selon d'autres, à *Ziiad ben el Asfar* [6].

Les *Soffrites* étaient intransigeants et cruels [7]. Les *Abadhites* étaient moins fanatiques et moins barbares [8] et ne parlaient des *Soffrites* qu'avec horreur [9]. *Abadhites* et *Soffrites* s'unissaient cependant pour lutter contre les Khalifes Oméiades, et Dozy

---

(1) Masqueray, *op. cit.* p. XVII.

(2) Peu de temps après son triomphe, *Ali* était assassiné par l'un d'eux. Cf. Masqueray, *op. cit.*, p. XVII. — Zeys *op. cit.* p. 14. — Huart, *Histoire des Arabes*, t. I., p. 256 et 257.

(3) Dugat, *op. cit.*, p. 38.

(4) Dugat, *op. cit.*, p. 38. — Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 50.

(5) Dugat, *op. cit.*, p. 38, note 5. — Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 50.

(6) Dugat, *op. cit.*, p. 38, note 4. — cf. Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 50.

(7 et 8) Masqueray, *op. cit.*, p. XXXIII. — Zeys, *op. cit.*, p. 15. — Doutté, *op. cit.*, p. 30 et 31.

(9) Masqueray, *op. cit.*, p. XXXIII.

constate que « longtemps ces cruels *Kharidjites* furent le fléau de l'Irak » [1]. — Après dix-neuf années d'une guerre impitoyable et sans merci, les uns et les autres, presqu'entièrement anéantis, durent, en l'an 747 de notre ère, se disperser et émigrer [2].

Certains *Abadhites* se dirigèrent vers le sud de l'Arabie, s'établirent dans l'*Oman* et à *Mascate* [3] et y fondèrent des communautés qui n'ont point encore disparu [4]. De là, certains de leurs descendants, à des époques difficiles à préciser, gagnèrent la côte orientale d'Afrique ; *Zanzibar*, la *grande Comore* et *Madagascar* [5].

D'autres *Kharidjites*, *Abadhites* et *Soffrites* se dirigèrent vers l'ouest, c'est-à-dire vers le nord de l'Afrique [6].

45. — Dans le nord de l'Afrique, le succès des *Kharidjites* fut prompt, mais il fut éphémère. Sans rechercher les causes de la facilité avec laquelle triomphèrent *Abadhites* et *Soffrites* [7], ni les raisons qui expliquent la rapidité de leur ruine [8], et sans entrer dans le détail des schismes qui se produisirent au sein de ces communautés *Abadhites* et *Soffrites* [9], nous nous bornerons à constater que les premiers établissements fondés dans le nord de l'Afrique, par les *Kharidjites*, paraissent avoir été les communautés *Abadhites* actuellement encore existantes du *Djebel-Nefoussa* en Tripolitaine, et de l'île tunisienne de *Djerba* [10], puis à signaler l'existence d'un empire *Soffrite* au *Tafilelt* dont la capitale fut *Sidjilmessa* (fondée en l'an 722 de notre

---

(1) *Op. cit.*, p. 217.

(2) Dozy, *op. cit.*, p. 218. — Huart, *op. cit.*, t. I, p. 278.

(3 et 4) Masqueray, *op cit.*, p. XLII. — Zeys, *op. cit.*, p. 15, 19 et suiv. Doutté, *op. cit.*, p. 33. — Depont et Coppolani ; *op. cit.*, p. 53.

(5) Ferrand, *Les migrations musulmanes et juives à Madagascar* ; — Rev. Hist. Rel., 1905, n° nov.-déc., p. 381.

(6) Masqueray, *op, cit.*, p. XLII. — Zeys, *op. cit.*, p. 15. — Doutté, *op. cit.*, p. 30. — Dozy, *op. cit.*, p 218.

(7 et 8) Cf. Masqueray, *op. cit.*, p. LXII et suiv.— Zeys, *op. cit.* p. 16 et suiv. — Doutté, *op. cit.*, p. 30 et suiv.

(9) Cf. Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 52. — Encyclopédie de l'Islam, V° *Abadites*, p. 3, col. 2.

(10) Masqueray, *op. cit.*, p. LXXIII. — Encyclopédie de l'Islam, V° *cit.*

ère) [1] et d'un empire *Abadhite* ayant *Tiharet* pour capitale et dont le fondateur fut *Abd-er-rahman ben Rostem* (année 761 de notre ère) [2]. — Nous ajouterons que les *Sofrites* de *Sidjilmessa* « semblent avoir disparu sans laisser de traces » [3], et qu'au début du Xe siècle de notre ère, la prise de *Tiharet* par les *Fatimites*, suivie de massacres et de persécutions, entraîna la ruine de l'empire des *Rostemides* et la dispersion des *Abadhites* de *Tiharet* [4].

Certains d'entre eux se réfugièrent à *Ouargla* [5], puis, à la suite de persécutions nouvelles, se dirigèrent vers le pays des *Beni Mzab* et s'y établirent [6]. D'où le nom de *Mozabites* qui leur a été donné [7]. D'autres *Abadhites* venus du *Djebel-Nefoussa* les rejoignirent [8]. Et ainsi furent fondées, dans la vallée de l'*Oued-Mzab* les villes de *Ghardaïa*, de *Mélika*, de *Bou-Noura*, de *Beni-Isguen* et d'*El-Ateuf* [9], qui, avec les villes de *Berrian* et de *Guerara*, situées en dehors de l'*Oued Mzab* et fondées plus tard [10], constituèrent une sorte de Confédération.

En 1853, cette Confédération fut placée sous le protectorat de la France [11]. — En 1882, le Mzab fut annexé à l'Algérie [12].

---

(1) El Bekri, *Description de l'Afrique septentrionale*, trad. de Slane, édit. 1913, p. 284 et suiv. — Ibn Khaldoun, *Histoire des Berbères*, trad. de Slane. t. I, p. 262 et suiv. — Masqueray, *op. cit.*, LXXIII et suiv. — Augustin Bernard, *Le Maroc*, p. 89. — Cf. *El Bayan el Moghrib*, trad. Fagnan t. I, *passim.*

(2) El Bekri, *op. cit.*, p. 139. — Ibn Khaldoun, *op. cit.*, I, p. 341 et suiv. — Masqueray, *op. cit.*, LXXIII, — Doutté, *op. cit.*, p. 31. — Augustin Bernard, *op. cit.*, p. 89.

(3) Zeys, *op. cit.*, p. 17, note 7.

(4) El Bekri, *op. cit.*, p. 139 et 140. — Zeys, *op. cit.*, p. 18. — Doutté, *op. cit.*, p. 32. — Masqueray, *op. cit.*, p. LXXIV.

(5 et 6) Masqueray, *op. cit.*, p. LXXIV et suiv. — Zeys, *op. cit.*, p. 18 et 19. Doutté, *op. cit.*, p. 32. — Encyclopédie de l'Islam, Vo *Abadites*, p. 3, col. 2.

(7) Sur la légende qui rattache l'origine de cette qualification au *Mizab* (gouttière de la Kaaba), cf. Masqueray, *op. cit.*, p. XXXV.

(8) Zeys, *op. cit.*, p. 19, note 1.

(9 et 10) La ville d'*El-Ateuf* fut la première fondée (1012 de notre ère) ; Berrian et Guerara ne le furent qu'un siècle plus tard. Cf. Féliu, *Etude sur la législation des eaux dans la Chebka du Mzab*, p. 5 et 6.

D'après de Motylinski, Guerara n'aurait été fondée qu'en l'an 1040 de l'Hégire (1631 de notre ère) et Berrian en l'an 1090 de l Hégire (1679) (*Guerara depuis sa fondation*, p. 1, note 3 et p. 2).

(11) Cf. Trumelet, *Les Français dans le désert*, 4e édit., p. 392 et suiv.

(12) Proclamation et Instructions du Gouverneur général Tirman, 1er novem-

46. — Les *Abadhites* du *Mzab*, nos *Mozabites*, sont demeurés les puritains de l'Islam, et l'annexion du *Mzab* n'a pour ainsi dire rien changé à leur manière de vivre.

Nombreux sont les Mozabites établis, pour y commercer, dans nos villes du Tell. Ils y vivent sans se mêler à la population indigène locale. Industrieux, économes, souvent usuriers, ils n'ont d'autre ambition, après fortune faite, que de retourner au *Mzab* ; ils ne le quittent jamais sans esprit de retour ; la coutume leur interdit, d'ailleurs, les absences de longue durée ; elle leur prescrit, lorsqu'ils se déplacent, de laisser au *Mzab* leurs femmes et leurs filles, de même qu'elle leur défend, quand ils y reviennent, d'y introduire les femmes qu'ils auraient épousées dans le Tell et les enfants qu'ils en auraient eus (1). Les *Abadhites* du *Mzab* entendent, aujourd'hui comme par le passé, conserver jalousement leur doctrine et maintenir intactes leurs antiques traditions (2).

Les *Abadhites*, comme les Orthodoxes, ont des *'Ak'aïd*, « symboles de la foi résumant le dogme ». L' *'ak'idat* des Mozabites a été traduite et publiée par M. de Motylinski (3). On trouvera dans l'étude de M. Zeys sur *La Législation mozabite, son origine, ses sources, son présent, son avenir*, l'indication des principales divergences qui séparent, au point de vue dogmatique, les *Abadhites* des Orthodoxes (4).

---

bre 1882. — Prise de possession, 6 décembre 1882. — Arrêté organisant le cercle, 28 décembre 1882. — Cf. *Rinn, Marabouts et Khouan*. p. 138 et suiv. — Les Mozabites prétendent aujourd'hui n'avoir point été annexés purement et simplement et avoir conservé certaines franchises.

(1) Cf. Morand, *Etudes de droit musulman Algérien*, p. 432, note 3 et 443. note 1. — Cour, *Constantine en 1802, d'après une chanson populaire du cheikh Belqasem el-Rahmouni el-Haddad ; Rev. africaine*, 1919, p. 234, vers 20.

(2) A en croire M. de Motylinski, les Abadhites du Mzab auraient « des relations assez fréquentes avec les Abadhites de l'Oman et de Zanzibar ». (*Encyclopédie de l'Islam*. V° Abadites, p. 3, col. 2).

(3) Cf. *Recueil de mémoires et de textes publié en l'honneur du* XIV° *congrès des Orientalistes par les Professeurs de l'Ecole supérieure des lettres et des Médersas*, p. 505 et suiv.

(4) *op. cit.*, p. 67 et suiv. — Les Abadhites Nord-Africains sont qualifiés par les Orthodoxes de *Khouamès* (de *khamsa*, cinq), parce que, suivant Trumelet (*op. cit.*, p. 400, note 1), ils ne commenceraient la série des Khalifes qu'au cinquième (explication bien difficilement acceptable. V. *infra*, n° 170), et d'après Depont et Coppolani, parce qu'ils constitueraient une cinquième secte en dehors des quatre sectes orthodoxes.

Les sources du droit admises par les *Abadhites* du Mzab sont : 1° le *Coran* ; — 2° la *Sounnat* ; — 3° les préceples extraits de ces deux sources par les *Imams* de la religion des gens de vertu et de salut [1], c'est-à-dire les commentaires qui ont été donnés du *Coran* et de la *Sounnat* par les *Mechaikhs*, par les chefs d'Écoles des premiers temps du Kharidjisme [2].

Nous nous réservons de préciser par la suite [3] les doctrines qui ont prévalu, chez les *Abadhites*, touchant le gouvernement de leur Communauté, d'indiquer les principes fondamentaux de ce qu'on pourrait appeler leur droit constitutiounel.

Quant au droit pénal des *Abadhites* du *Mzab*, ce n'est pas seulement dans leurs livres de jurisprudence qu'il faut en chercher les règles essentielles ; mais aussi dans des *kanouns* que s'étaient donnés les villes du Mzab. Ces *kanouns* ont été traduits par M. *de Motylinski* et nous en avons donné un commentaire dans nos *Etudes de droit musulman algérien* [4].

Et pour ce qui est du droit privé des *Abadhites*, il se trouve résumé, condensé dans un ouvrage qui jouit au *Mzab* d'une grande autorité, qui est intitulé *Le Nil* et qui est l'œuvre du cheikh *Abd el Aziz ben el Hadj Brahim*, né en l'an 1176 et mort en l'an 1223 de l'*Hégire*. Le cheikh *Atfaïch* de *Beni-Isguen*, en a donné, à une époque récente, un commentaire très estimé [5].

Le *Nil* est divisé en 22 livres. Le livre x traite du *Mariage* et le livre XXI des *Successions*. Ces deux livres ont été traduits en français par M. *Zeys*. — Des extraits des livres XIII et XVI, relatifs à la *Tutelle* et à l'*Absence*, ont été traduits par M. *Hureaux*.

47. — *Secte ou rite Chiite*. — Les Chiites, ce sont les *suivants*, qui ont suivi *Ali* [6]. On les qualifie quelquefois de schisma-

---

(1) Cf. Moraad : *Etudes de droit musulman algérien*, p. 438.

(2) Masqueray, *op. cit.*, p. XXXVIII et suiv. — Cf. notre étude sur les *kanouns* du *Mzab*, dans *Etudes de droit musulman algérien*. p. 438, note 2.

(3) V. *infra*, *Eléments de droit public*, n° 70.

(4) Cf. p. 419 et suiv.

(5) Zeys, *op. cit.*, p. 45.

(6) Ibn Khaldoun, *Prolégomènes*, trad. de Slane, t. I, p. 400.

tiques, mais à tort selon nous. Ils se sont, en effet, séparés des musulmans, dits Orthodoxes, sur la question du *Khalifat* ou de l'*Imamat*. « Ils pensent que l'*Imama* n'est pas une affaire ordinaire, qui dépende du choix du peuple ; ils disent que c'est au contraire une question fondamentale, *base de la religion,* qu'il n'est pas permis au prophète de négliger et de confier au peuple » [1]. Les divergences qui séparent les Orthodoxes des *Chiites,* sont donc dogmatiques, doctrinales, et c'est dans la catégorie des sectes hérésiarques, que la secte *Chiite* doit être rangée.

Pour les *Chiites*, le successeur du Prophète ne pouvait être pris que dans sa descendance ; — et comme Mahomet n'avait pas laissé d'enfant mâle, ni de descendant mâle par les mâles, c'est à *Ali*, gendre du prophète, époux de sa fille *Fatima*, que le *Khalifat* aurait dû être dévolu, puis, au décès d'*Ali*, à ses descendants. En conséquence, les *Chiites* tiennent pour usurpateurs tous les *Khalifes* dits orthodoxes, même les trois premiers : *Abou Bekr, Omar* et *Osman* [2].

D'autre part, les *Chiites* reconnaissaient au *Khalife* un pouvoir absolu. « L'obeissance absolue à l'*Imam* de la race d'Ali, tel était à leurs yeux le devoir le plus important. *L'Imam* était tout pour eux ; c'était Dieu fait homme » [3].

En un mot, les *Chiites* étaient, en politique, les partisans du principe de l'hérédité et de l'absolutisme.

Nous n'entreprendrons point de retracer, même sommairement, les destinées de la secte *Chiite*, de dire comment, à la mort d'*Osman*, *Ali* fut porté au *Khalifat* et eut à lutter contre *Mouaouïa*, gouverneur de Syrie, le fondateur de la dynastie des *Oméïades*, dans quelles circonstances tragiques il trouva la mort, ni ce qu'il advint de sa descendance.

---

(1) Dugat, *op. cit.*, p. 29. — « Les Chiites s'accordent à déclarer que l'imamat est la colonne de la religion et la base de l'islamisme » (Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 400).

(2 et 3) Dozy, *op. cit.*, p. 220 et 221. — Zeys, *op. cit.*, p. 37, note 2. — Macdonald, *op. cit.*, p. 19 et suiv. Ostrorog, trad. du *Traité de droit public musulman d'El-Mawerdi*, t. I, p. 31 note 1. — Cf. Ibn Khaldoun. *op. cit.*, trad. de Slane, t. I, p. 400. — Certains *Chiites*, cependant, ceux de la secte des *Zéïdites*, ont reconnu aux deux premiers Khalifes la qualité d'imam (Ibn Khaldoun, *loc. cit.*, p. 402).

Nous nous bornerons à faire observer que de nombreux schismes se produisirent au sein de la secte *Chiite* (1), sur lesquels nous nous réservons de fournir quelques renseignements lorsque nous traiterons de l'organisation politique des pays Musulmans (2), — que sous les *Oméïades*, puis, sous les *Abbassides*, les *Chiites* furent l'objet de terribles persécutions, et que ces persécutions, non seulement n'ont point entraîné la disparition de la secte, mais n'ont point fait obstacle à la formation de communautés politiques, à la fondation d'empires *chiites*. L'empire marocain des *Idrissites*, fondé par *Moulaï Idris* en l'an 788 de notre ère, peut être considéré comme un empire chiite, la secte *chiite* des *Zeïdiya* rangeant *Idris* au nombre de ceux à qui elle a reconnu la qualité d'*imam* (3). — Il y en eut un autre en *Ifrikia*, l'empire des *Fatimites*, fondé en l'an 909 de notre ère par *Obéïd Allah*, dont la dynastie transféra bientôt sa capitale au Caire et qui à subsisté jusqu'en l'an 1171 de notre ère. Le *Chiisme* est devenu la doctrine officielle en Perse avec la dynastie des *Séfévis*, dans les dernières années du XVe siècle de notre ère (4), et c'est à la secte *chiite* que se rattachent les Musulmans français de l'Inde (5).

48. — Quant au droit privé des musulmans *Chiites*, il ne diffère pas très sensiblement de celui des Orthodoxes (6). Il n'y a pas lieu, d'ailleurs, d'en être surpris. « L'isolement définitif des *Chiites* ne s'est produit que tardivement. Le Chiisme n'a été, tout d'abord, qu'un mouvement politique, qu'un groupement des partis d'opposition contre le Khalifat » (7). Ajoutons que les *Chiites* ont puisé aux mêmes sources que les Orthodoxes, le

---

(1) Cf. Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 400 et suiv. — Dugat, *op. cit.*, p. 29 et suiv. — Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 39 et suiv. — *Rev. M. Mus.*, Juin 1912, p. 10 et suiv., Mars 1913, p. 323 et suiv.

(2) V. *infra*, n° 71.

(3) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, trad. de Slane, t. I, p. 408.

(4) Aubin, *La Perse d'aujourdhui*, p. 156 et suiv.

(5) *Traité des lois Mahométanes ou recueil des lois, us et coutumes des Musulmans du Décan.* — Journ. asiat. 1841, 3e sér., t. XII, p. 149.

(6) Lambert, *op. cit.*, p. 343.

(7) *Eod. loc.*

Coran et la *Sounnat* [1], et que si les *Chiites* ont fait subir aux textes adoptés par les Orthodoxes certaines altérations [2], ce ne fut, en fin de compte, que pour justifier les prétentions des *Alides* au *Khalifat* ; on comprend que, dans de telles circonstances, dans le domaine du droit privé, chez les Orthodoxes et les *Chiites*, les mêmes solutions aient prévalu [3].

Il est à remarquer, toutefois, que si les Orthodoxes ont, à partir d'une certaine époque, déclaré que *la porte de l'effort était fermée* et refusé, à partir de ce moment, l'*idjtihad* aux docteurs de l'islam, il semble bien que le *Chiisme* persan reconnaisse, aujourd'hui encore, cet *idjtihad* à tous les jurisconsultes en renom et ne l'ait point limité à ceux de certaines générations [4].

Bibliographie. — De Tornauw ; *Le droit musulman exposé d'après les sources*, trad. Eschbach [5].

Querry ; *Recueil des lois concernant les Musulmans chiites.* D'Allemagne, *Du Khorassan au pays des Bakhtiaris* [6].

§ 3. — Caractères fondamentaux du droit musulman

49. — Le droit musulman, on l'a vu précédemment [7], a pour ceux qu'il régit une origine divine ; c'est un *droit révélé ;* ses principes fondamentaux sont des dogmes ; les règles qu'il édicte ont le caractère de prescriptions religieuses ; en sorte que, pour les Musulmans, a-t-on dit bien souvent, *le droit et la religion se confondent.* On est, dès lors, en droit d'affirmer, semble-t-il :

---

(1) V. *sup.* n° 26.

(2) Cf. Lambert. *op. cit.*, p. 342, note 1.

(3) A en croire Artin Bey, les Fatimites se seraient considérés comme Musulmans orthodoxes du rite *chaféite* ; — *La propriété foncière en Egypte*, p. 64, note 1.

(4) Aubin, *op. cit.*, p. 180 et 181.

(5) Ce livre a été offert par l'auteur « comme guide dans la décision des procès *shiites*, pour lesquels ce livre a été principalement fait », p. 6.

(6) On trouve également quelques renseignements épars concernant le droit des musulmans *Chiites* dans l'étude de *Sicé*, *Traité des lois mahométanes ou recueil des lois, us et coutumes des musulmans du Décan.* — *Journ. asiat.*, 1841, 3e série. t. XII, p. 149 et 193.

(7) *Suprà*, n°s 13 et 14.

1° Que le droit musulman est immuable et ne comporte ni abrogation, ni modification ; — 2° Que ce droit régit tous les adeptes de la religion musulmane indistinctement, à quelque groupement politique qu'ils appartiennent, mais ne saurait régir que des Musulmans ; — 3° Qu'il était à son origine et qu'il est demeuré, par la suite, essentiellement formaliste (1).

50. — *Or, est-il vrai de dire que le droit musulman soit immuable et ne comporte ni abrogation, ni modification ?* (2)

Oui, dans une très large mesure ; et ce qui le montre péremptoirement, c'est qu'en pays musulman, quand le Souverain use du droit qu'il a de légiférer, soit pour combler les lacunes de la loi religieuse, soit pour réglementer les matières demeurées en dehors du droit religieux, il a toujours soin de solliciter du *cheikh el islam* (3) une *fetoua* (4) attestant que le règlement élaboré par lui n'a rien de contraire aux prescriptions fondamentales du droit révélé, qu'il n'abroge ni ne modifie ces prescriptions. — C'est ainsi qu'à *Constantinople*, la commission de jurisconsultes chargée de la rédaction de la *Medjellat*, qui n'est qu'un code des obligations précédé d'un titre préliminaire où se trouvent condensés les principes fondamentaux du droit en la matière, — n'a pas manqué de soumettre cet exposé de principes « à l'examen de S. A. le cheikh el Islam et de quelques autres personnages renommés pour leurs connaissances juridiques » (5).

De même, dans la plupart des pays musulmans où s'est aussi

(1) Parce que tout acte juridique s'y trouve être un acte religieux et que c'est dans le domaine de la religion que le formalisme, qui se rencontre chez tous les peuples, à un moment donné de leur histoire, qui semble être, à une époque déterminée de la civilisation, un fait général (cf. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, t. I, p. 720. — May, *Éléments de droit romain*, 11e éd., p. 20), persiste le plus longtemps.

(2) « Le droit musulman procède d'une révélation ; d'où cette conséquence qu'il n'est susceptible d'aucun perfectionnement ; il est condamné à l'immobilité, parce qu'il a atteint, aux yeux des Fidèles, sa complète perfection, le jour même où il a été promulgué » (Zeys, *Traité élémentaire de droit musulman algérien* ; t. I ; Introduction, p. IX),

(3) Le *cheikh el islam* est en quelque sorte le *prince* des jurisconsultes du pays.

(4) La *fetoua* est une consultation. Cf. Van den Berg, *op. cit.*, p. 8, note 1.

(5) Démétrius Nicolaïdes, *Législation ottomane*, t. VI p. 11.

développée, à côté du droit religieux, une sorte de droit séculier, on n'a pas cru pouvoir s'en remettre aux tribunaux religieux du soin d'appliquer le droit séculier ; gardiens fidèles de la loi religieuse, ils auraient été portés à ne voir, dans les règlements nouveaux, qu'une déformation de cette loi, et des juridictions séculières ont été créées à l'effet d'assurer cette application. En *Turquie*, en *Egypte*, par exemple, la compétence des tribunaux religieux, théoriquement générale, et, en fait, autrefois générale, se limite, en réalité, aux contestations relatives au statut personnel, au statut successoral et aux fondations pieuses [1]. — De même, en *Tunisie*, les cadis ne connaissent que des affaires religieuses et c'est à des tribunaux séculiers qu'il appartient d'appliquer « la loi séculière inscrite dans les textes adaptés aux besoins du pays » [2].

Mais si les prescriptions du droit musulman, en tant qu'elles sont considérées comme la manifestation de la volonté divine, sont tenues pour immuables, ni en fait, ni même en droit, leur immuabilité n'est absolue.

C'est ainsi que certains docteurs musulmans, invoquant un *hadits* ainsi conçu : « Si l'univers entier était une mare de sang, il serait permis au croyant de s'en nourrir » [3], — estiment que la *nécessité* peut légitimer une dérogation à la loi. [4]

---

(1) « La compétence des tribunaux du Chéri était autrefois générale. Mais, par la suite, elle a été successivement restreinte par la promulgation des lois et règlements ayant pour objet des matières spéciales et dont l'application a été confiée aux tribunaux du Nizamié » (Nicolaïdes, *op. cit.*, t. VI, p. 4, note).

« Ils (les tribunaux séculiers) ne pourront non plus connaître des contestations relatives à la constitution des wakfs, aux mariages et aux autres questions qui s'y rapportent telles que : la dot, la pension, etc., aux donations, legs, successions et toutes autres questions du statut personnel ». (Décret khédivial du 9 chahan 1300, 14 juin 1883, art. 16). *Adde* Règlement du 27 mai 1897 et loi n° 31 de 1910, art. 5 et 7.

(2) « A cette dualité de législations devaient correspondre et, en fait, correspondent deux ordres de juridictions distinctes : la justice religieuse et la justice séculière » (Gaudiani et Thiaucourt, *La Tunisie*, p. 83, col. 2.

(3) Tasouli, II, 104. — Cf. Santillana, *Avant-projet de Code civil et commercial tunisien*, Avant-propos., p. VII.

(4) « La nécessité a fait admettre beaucoup de choses qui seraient défendues si l'on s'en tenait à la rigueur des principes » (Ibn-Nadjim, I, 110, cf. Santillana, *loc. cit.*, p. VII).« La nécessité rend licite ce qui est réprouvé ». Mohammed Rahal (*Quest. dipl. et col.*, 1er novembre 1901, p. 543).

2° D'autres vont plus loin ; ils considèrent que le but de la loi est l'*utilité sociale*, et que c'est, dès lors, l'*utilité qui doit être la règle du jurisconsulte* ; si bien que l'*application de la loi peut changer avec le temps* (1).

D'autres, enfin, plus hardis encore, admettent que la coutume puisse l'emporter sur l'*idjma'* (2). Il en est même qui sont d'avis que la coutume, lorsqu'elle est généralement reçue, doit avoir le pas sur *la loi et la tradition* (3) ; — et *Mollah Tcheragh Ali* est allé jusqu'à dire que « la loi musulmane, la *Chériat*, si on peut l'appeler loi, puisqu'elle ne contient aucune loi organique, n'est, en aucune manière, incommutable, immodifiable (4) ».

C'est ainsi, par exemple, que le mariage qui, d'après ce qu'enseignent tous les docteurs musulmans à quelque rite qu'ils appartiennent, peut se former par un simple échange de consentements en présence de deux témoins et se prouve par le témoignage, — est devenu en certains pays musulmans un contrat solennel supposant l'établissement d'un acte notarié ou, tout au moins, ne peut être prouvé, en principe, que par la représentation de cet acte (5).

De même, la seule répudiation qui, en fait, soit pratiquée, ce n'est point celle qu'a réglementée la *Sounnat*, mais une répudiation coutumière qui ne diffère point sensiblement de la répudiation de l'époque préislamique (6) ; — l'adoption, condamnée par le Coran ou tout au moins dépouillée par lui de tous ses effets juridiques, s'est maintenue à l'état d'institution coutumière, aussi bien en Arabie que dans les pays musul-

---

(1) V., sur ce point, les auteurs cités par Santillana, *op. cit.*, Avant-propos, p. v.

(2) V. *Sup.*, n° 24.

(3) V. sur ce point, les auteurs cités par Santillana, *loc. cit.*, p. vi.

(4) Cité par Cahun, *Le Monde islamique*, Histoire générale de Lavisse et Rambaud, t. xii, p. 487.

(5) Pour les références, cf. notre *Avant-projet de code musulman algérien*, art. 33, note 2. — Cf. *L'Égypte contemporaine*, 1918, p. 288. — Bouvat ; *Le code familial ottoman de 1917* ; Rev. m. mus., t. xliii, p. 9 et suiv.

(6) Khalil ; *Mariage et répudiation*, trad. Fagnan, p. 104. — Sautayra et Cherbonneau, *Droit musulman ; Statut personnel et successions*, t. i, p. 278, n° 329.

mans d'Occident [1]. — Enfin, par le procédé des fondations pieuses, les Musulmans sont arrivés à écarter l'application de certaines dispositions coraniques reconnaissant une vocation héréditaire à certaines femmes et à certains parents par les femmes, et à réserver, conformément à la coutume préislamique, à leurs héritiers mâles parents par les mâles, la possession exclusive de tous leurs biens [2].

Ainsi, la loi musulmane ne saurait être considérée comme absolument immuable et, dès lors, insusceptible d'amendement ni de progrès. L'on doit reconnaître, cependant, que si la loi musulmane a évolué, elle n'a évolué que fort lentement et que le caractère sacré attribué à ses sources par ceux qu'elle régit, est certainement au nombre des causes qui ont entravé cette évolution, retardé la réalisation de nombre de réformes, et assuré le maintien des abus les plus criants. — Mais les véritables causes, les causes profondes de cet état sont peut-être bientôt plutôt celles-ci : 1° Lente évolution des conditions politiques, économiques et sociales dans lesquelles se sont trouvées placées les sociétés musulmanes ; — 2° fermeture de la *porte de l'effort* au début du 4e siècle de l'Hégire, qui a fini par rendre impossible toute critique, toute controverse, toute discussion.

Aussi n'est-il pas surprenant qu'à une époque toute récente l'on ait demandé que l'on encourageât la reprise de l'*idjtihad*, « de l'*effort intellectuel* », en un mot que l'on provoquât la réouverture de la *porte de l'effort* [3].

Mais, ainsi que le reconnaît lui-même l'auteur de cette proposition, la formation actuelle des '*Oulama* les a mal préparés à cette tâche. — Et puis comment justifier aux yeux des musulmans, pour qui cette idée de la fermeture de la porte de l'effort revêt presque le caractère d'un dogme, le principe de sa réouverture ? — Quelle autorité serait assez incontestée pour faire accepter cette réouverture ?

---

(1) Pesle, *L'adoption en droit musulman;* thèse pour le doctorat.

(2) Cf. pour les références notre *Avant-projet de Code musulman algérien*, art. 453, notes 1 et 2.

(3) XX. L'*islam après la guerre* ; — Revue de Paris, 15 janvier 1916, p. 440.

51. — *Est-il exact que le droit musulman régisse tous les adeptes de la religion musulmane, indistinctement, à quelque groupement politique qu'ils appartiennent ; mais qu'il ne puisse régir que des musulmans* ?

Oui, a-t-on dit ; c'est ainsi qu'en terre d'Islam, un musulman, d'où qu'il vienne, est admis, de plein droit, à la jouissance de tous les droits indistinctement, tandis que le non-musulman demeure soustrait à l'empire de la loi musulmane et continue d'être régi par sa loi personnelle presqu'aussi complètement que si le pays dans lequel il est domicilié, n'était point soumis à l'autorité d'un souverain musulman.— Et l'on s'est, en conséquence, cru autorisé à dire que les Musulmans n'ont pas le sentiment des nationalités (1) et que, pour eux, ce qui tient lieu de nationalité, c'est la religion ; et, par là, l'on entendait dire : 1° *que dans l'Islam il n'y a pas de nationalités musulmanes distinctes et que les Musulmans constituent une seule et même nation, même quand ils appartiennent à des groupements politiques différents* ; — 2° *qu'au sein de l'Islam il n'y a que des Musulmans et que l'on ne peut être membre d'un état musulman qu'à la condition d'être musulman.*

Or, ici encore, des réserves s'imposent :

1° *Dans l'Islam*, dit-on, *il n'y a pas de nationalités musulmanes distinctes et les Musulmans constituent une seule et même nation, même quand ils appartiennent à des groupements politiques différents* (2).

Et cette manière de voir a été admise par la cour d'Alger dans un arrêt du 26 novembre 1903 (3).

La vérité est que, si le Musulman, originaire d'un pays musul-

(1) Cf. Nos *études de droit musulman algérien*, p. 51, note 1.

(2) « Au point de vue du chari, le fait d'embrasser l'Islamisme et de résider dans le pays de l'islam, équivaut à l'acquisition de la nationalité ottomane ». Salem, *La nationalité en Turquie*. — J. de Clunet 1906, p. 1039. -- « Le Musulman, de quelque pays qu'il soit, se trouve dans tous les autres pays, du Turkestan au Maroc, du Transvaal à la Sibérie, comme dans sa propre maison... » (Enrico Insabato, *L'Islam et la politique des alliés*; adapté de l'italien par Magali Boisnart, *Introduction*, p. XV).

(3) « Les musulmans ne distinguent que les croyants et les infidèles, ignorent les nationalités ». (J. tr. Tun. ; 1905, p. 40)

man déterminé, qui va se fixer dans un autre pays musulman, n'est pas, dans ce dernier, traité comme un étranger, en intrus, on ne saurait prétendre, cependant, que « *la religion tient lieu de la nationalité* » (1), et que « la religion combinée, dans une certaine mesure, avec le domicile, détermine le groupe social auquel appartient l'individu » (2). Car si le Musulman originaire d'un autre pays musulman n'est pas, dans celui où il s'est établi, traité en intrus, en étranger, maintenu en dehors du groupe social, il n'a pas, dans ce groupe social, une situation identique à celle des autres Musulmans de ce groupe, et il ne l'a pas, à raison même de son origine étrangère. C'est là ce qu'a reconnu le Tribunal de la Seine dans un jugement du 2 mai 1905 (3).

Les Musulmans n'ont peut-être pas notre sentiment des nationalités ; ils ont, cependant, un certain sentiment des nationalités. — Et c'est ce que démontre toute une série de faits.

a) Dès le 1er siècle de l'Hégire, « l'histoire nous montre que les musulmans de la race non arabe, les nouveaux convertis, ont toujours été maintenus dans un état d'infériorité et envisagés avec le plus profond dédain par les vieux musulmans, les musulmans primitifs, de race arabe ; et ceux-ci se sont toujours arrogé sur eux, en dépit des prescriptions du Coran, des privilèges plus ou moins considérables (4) ».

b) De même, les Maures expulsés d'Espagne qui vinrent se réfugier dans le nord de l'Afrique, y furent souvent mal accueillis (5). Relégués dans les faubourgs des villes, ils vivaient groupés, ne se mêlant point à la population locale, formant des communautés, des corporations qui s'administraient elles-

(1) *Rev. gén. d. dr. int. pub*, 1905, p. 559.

(2) *Eod. loc.*, p. 562.

(3) *Rev. Alg.*, 1906, 2, 275.

(4) Pouyanne, *La propriété foncière en Algérie*, p. 43 et 44.

(5) « Au lieu d'être reçus sur la côte d'Afrique comme des frères malheureux, les Mores furent pillés, torturés, massacrés par les Arabes et les Kabils algériens qui les traitèrent comme des infidèles que la tempête ou la guerre aurait jetés sur leurs rivages » (Trumelet, *Les Saints de l'Islam*, p. 229).

mêmes [1] et, notamment, assuraient, par elles-mêmes et à elles seules, l'entretien de leurs indigents [2]. — C'est ainsi qu'en 1830, Alger avait encore ses quartiers des *Andalous* et des *Tagarins*, maures expulsés d'Espagne, et qu'aujourd'hui encore, on voit, à Bizerte, adossé à l'enceinte de la ville indigène, un quartier dit des *Andalous*, dont les habitants vivent isolés de ceux de la ville tunisienne. — D'ailleurs, avant la conquête française, à Alger, les étrangers à la ville « étaient divisés par *nationalités*, et chaque groupe avait un chef ou amin qui jouissait de certains droits justiciers ; il était responsable des actes de sa corporation » [3].

c) De même encore, lors de la conquête française de l'Algérie, beaucoup de Musulmans de la province d'Oran, quelquefois des tribus entières, émigrèrent au Maroc, pour ne pas être souillés par le contact de l'Infidèle. On les appelait les *Mouhadjirin*, les *émigrants* ainsi que les Compagnons qui avaient accompagné le Prophète à *Medine*. Ils n'eurent point à se louer, cependant, de l'accueil qui leur fut fait. « Malgré le caractère religieux qu'avait pris leur fuite, ils furent reçus avec froideur et méfiance, tant par le Makhzen que par les populations. Quoique musulmans, c'étaient des *étrangers* et on ne laissait pas que de leur témoigner un certain mépris parce qu'ils avaient été vaincus par des Chrétiens » [4].

d) De même, enfin, le Sultan du Maroc avait tout récemment encore, à l'étranger, en Egypte notamment, des *Oukala el Mr'arba*, c'est-à-dire des agents chargés de la défense des intérêts marocains et ayant, entre autres missions, celle de percevoir, pour le compte du sultan du Maroc, certains droits sur les successions des Marocains décédés en Egypte, voire même de recueillir les successions de ceux qui venaient à mourir sans laisser d'héritiers [5].

---

(1) De Grammont, *Histoire d'Alger sous la domination turque*, p. 230.

(2) Aumerat, *La propriété urbaine à Alger*, p. 12 et 13.

(3) De Grammont, *Histoire d'Alger sous la domination turque*, p. 230.

(4) Michaux-Bellaire, *Les Musulmans d'Algérie au Maroc*, Arch. maroc., t. XI, p. 5.

(5) *Eod. loc.*, p. 22.

2° *Au sein de l'Islam il n'y a que des musulmans, en sorte qu'on ne peut*, ajoute-t-on, *appartenir à un état musulman qu'à la condition d'être musulman.*

Cela a été dit, notamment, à l'occasion de mariages contractés par des femmes françaises avec des chrétiens ottomans et des juifs marocains.

Aux termes de l'article 19 du Code civil, « la femme française qui épouse un étranger, suit la condition de son mari, à moins que son mariage ne lui confère pas la qualité de son mari, auquel cas elle reste française ». — Or, a-t-on prétendu, les Chrétiens de Turquie n'étant point Musulmans, ne sauraient être des Ottomans ; — de même, et pour la même raison, les Juifs du Maroc ne sauraient avoir la nationalité marocaine ; — en sorte que la femme française qui épouse un chrétien ottoman ou un juif marocain, ne change point de nationalité. — Et cette manière de voir a été admise par un certain nombre de décisions de jurisprndence [1].

Mais elle a été condamnée, et à juste titre, par le tribunal de Tunis qui, dans un jugement du 5 juin 1907 [2], a reconnu aux Juifs, originaires de Tunisie, la nationalité tunisienne.

C'est qu'on ne saurait prétendre, en effet, qu'en pays musulman, le non-musulman soit toujours, et à tout point de vue, maintenu en dehors de la Communauté musulmane et traité en étranger.

En terre d'Islam, on établit une distinction très nette entre le non-musulman, sujet tributaire qui ne se rattache à aucune communauté politique étrangère, établi à demeure en terre d'Islam, le *dzimmi* ou *ra'ïa*, et le *moustamin*, c'est-à-dire le non-musulman étranger, membre d'une communauté politique étrangère et dont l'admission en terre d'Islam est toujours temporaire. Or, le *dzimmi*, s'il n'est pas placé sur un pied d'égalité avec les Musulmans, a cependant, au sein de la Communauté

(1) Tr. Marseille, 16 juillet 1891. — Aix, 14 décembre 1891 ; — D. P., 1894, 2, 11 et 12. — Tr. Mascara, 19 mai 1897 ; — *J. Robe*, 1898, p. 353. — Tr. Sousse, 10 mai 1902 ; — *Rev. Alg.*, 1906, 2, 370. — Alger, 7 juin 1906 ; — *J. tr. Tun.* 1906, p. 594. — Aix, 7 novembre 1907 ; — *Rev. Alg.*, 1908, 2, 213.

(2) *J. tr. Tunisie*, 1907, p. 368.

musulmane, certains droits dont la jouissance est refusée au *moustamin*.

C'est ainsi qu'en Turquie, le *dzimmi* pouvait acquérir des terres et les posséder en pleine propriété, comme le musulman, alors que cette faculté n'a été reconnue au *moustamin* que par la loi du 16 juin 1867.

De même, la loi du 6 choual 1285, art. 5, refusait au *dzimmi* le droit d'acquérir une nationalité étrangère sans l'autorisation de la Porte ottomane.

De même encore, avant les réformes constitutionnelles, récemment réalisées en Turquie, les sujets non-musulmans de la Porte, groupés en communautés religieuses, élisaient leurs chefs religieux ; et ces chefs étaient admis, dans les provinces, à siéger dans certains conseils administratifs (1) ; ils étaient ainsi associés à l'administration locale, ce qui montre péremptoirement qu'il est faux de prétendre qu'en pays musulman, tous les non-musulmans, parce que non-musulmans, parce qu'étrangers à la communauté religieuse, sont maintenus en dehors de la communauté politique, et ne sauraient être considérés comme des nationaux du pays où ils résident (2).

Enfin, si le *dzimmi*, lui-même, est demeuré, dans une très large mesure, dans le domaine du droit privé, soustrait à l'empire du droit musulman, pour ne relever, en principe, que de sa loi personnelle, — on ne saurait voir, dans ce fait, une justification de cette idée que la loi musulmane ayant une origine divine ne saurait régir que les adeptes de la religion islamique. L'explication de ce fait, en effet, doit être, croyons-nous, cherchée bien plutôt dans des raisons d'ordre politique ou financier que dans des raisons d'ordre religieux.

---

(1) Young. *Corps de droit ottoman*, t. II. p. 2. — Cf. Arminjon : *Le droit international privé interne principalement dans les pays musulmans*, p. 58, n. 2.

(2) Il est à remarquer, d'ailleurs, au point de vue spécial d'un mariage entre une femme étrangère et un sujet ottoman, qu'*Ibrahim H'alebi* constate que la femme étrangère qui épouse un sujet de l'empire, acquiert sa condition (Mouradgea d'Ohsson, *Tableau général de l'Empire ottoman*, t. V, p. 41) et que le règlement des consuls de Turquie à l'étranger (1299 H) porte que « les femmes étrangères qui épousent des sujets ottomans *deviennent ottomanes par leur mariage*, doivent être inscrites sur les registres d'immatriculation des sujets ottomans ». Cf. Padel et Steeg, *Législation foncière ottomane*, p. 55.

Il n'apparaît pas, en effet, que les Croyants des premiers siècles de l'Hégire, ni même le Prophète, aient considéré que les institutions juridiques musulmanes fussent le monopole des adeptes de la religion islamique.

C'est ainsi que, dès l'origine, les infidèles ont été autorisés à soumettre leurs différends au jugement des Cadis [1] qui, sauf au cas de réclamation de l'une des parties au procès, se saisissaient de ces litiges et faisaient à ces différends, même en des matières manifestement réglementées par la loi religieuse, — telles que celles du mariage ou des successions *ab intestat*, — l'application des règles du droit musulman [2].

De même, il est certains impôts dont on a coutume de dire que ce sont des taxes religieuses, parce que le principe s'en trouve posé dans le Coran, — l'*achour*, par exemple, ainsi qu'on l'appelle en Algérie, ou dîme des fruits de la terre. — Or, dans le rite malékite, l'*achour* est dû par l'infidèle encore que la terre

(1 et 2) S'ils (les Juifs) ont recours à ton jugement prononce entre eux ou abstiens-toi..... Si tu te charges de juger, juge-les avec équité ». (Coran, ch. V, v. 46).

« Juge entre eux tous selon les commandements de Dieu » (Coran, ch. V, v. 52).

« Le serment de continence proféré par un infidèle, même se convertissant ensuite, est sans valeur, *à moins que les deux parties ne se fassent juger par nous* » (Khalil, *Mariage et répudiation*; trad. Fagnan, p. 147).

« Le mari seulement (à l'exclusion du maître) peut prononcer l'anathème, *li'an*, même dans le cas de mariage vicié, les deux époux pouvant être irréligieux ou esclaves, *mais non infidèles, à moins qu'ils ne recourent de leur plein gré à la justice musulmane* » (*Eod. loc.*, p. 168 et note 3).

« Dans les questions de successions portées à nos tribunaux par des mécréants quels qu'ils soient, chrétiens, juifs ou autres, la loi décide et prononce *selon les principes musulmans*, si aucun des requérants ne récuse à l'avance notre juridiction. On ne tient nul compte de la désapprobation des évêques, ou prêtres, ou rabbins. Si quelqu'un des requérants décline et récuse notre juridiction, nous n'interviendrons pas » (Khalil, *trad. Perron*, t. VI, p. 435 et 436). — Ahmed al Wancharisi, *La pierre de touche des Fetwas*; trad. Amar, t. II, p. 481 et suiv.

En Turquie, les procès relatifs aux successions entre sujets non-musulmans sont portés devant la juridiction du chéri, à moins que les parties ne se mettent d'accord pour saisir les juges de leurs communautés. — Young, *Corps de droit ottoman*, p. 321, 322 note 1. — On ne s'explique pas, dès lors, que le tribunal de Tunis ait pu juger que « dans l'espèce *le chara pouvait d'autant moins intervenir qu'il constitue un tribunal religieux; que, comme tel, il refuse de s'occuper des successions des chrétiens;* et que précisément

possédée par lui, déjà frappée du *kharadj*, appartiendrait, pour le domaine éminent, à la Communauté musulmane (1).

En sorte que si les scrupules religieux, peuvent, dans une certaine mesure, justifier la répugnance des musulmans à étendre aux infidèles le bénéfice de leurs institutions juridiques, ils ne suffisent pas à l'expliquer, puisque le Prophète, lui-même, n'a point considéré que l'application de la loi musulmane au vaincu fût inconciliable avec la concession faite à ce vaincu du droit de conserver sa religion. En réalité, ainsi qu'en termes excellents l'a montré *Arminjon*, ce sont surtout des préoccupations d'ordre politique et financier qui ont conduit les Musulmans à maintenir aux mécréants le bénéfice de leurs coutumes et de leurs lois. « Les Arabes et les Turcs, dit-il, ont trouvé les populations conquises divisées en confessions religieuses suivant lesquelles elles obéissaient à des législations distinctes applicables respectivement aux droits qui dépendaient de la religion. Ils conservèrent et même fortifièrent l'organisation de ces communautés, dont ils investirent les chefs du pouvoir d'administrer et de juger les membres au civil et même au pénal dans leurs rapports réciproques. — L'avantage immédiat de cette politique est évident : rassurer les populations conquises, les maintenir dans la sujétion au moyen d'administrateurs pris parmi elles, auxquels le sacerdoce prêtait son ascendant et qui étaient responsables du maintien de l'ordre et du paiement de l'impôt. Les besoins du Trésor contribuèrent à la faire respecter. Loin d'encourager l'adoption par un rayah de la foi islamique et l'introduction du néophyte dans la classe dirigeante, qui était l'effet de cette conversion d'ailleurs plus ou moins sincère, les autorités arabes ou turques voyaient d'assez mauvais œil ce changement de religion qui, s'il s'était généralisé, eût menacé de tarir les sources de l'impôt » (2).

---

le général appartenait à la religion catholique » (11 avril 1894 ; *Rev. Alg.*, 1894, 2, 387).

Cf. Abd-el-Hamid Mustapha Bey, *Le mariage des étrangers en Égypte* ; *L'Égypte contemporaine*, 1918, p. 318 et suiv.

(1) Mawerdi, *Les Statuts gouvernementaux*, trad. Fagnan, p. 290 et 318.

(2) Arminjon ; *Le droit international privé interne principalement dans les pays musulmans*, p. 22.

52. — *Peut-on dire, enfin, que le droit musulman, à raison de ses origines, soit un droit formaliste ?* (1)

Dire qu'une législation est formaliste, c'est affirmer que dans cette législation les actes juridiques sont soumis à des formalités déterminées par la loi et que les déclarations de volonté qu'ils contiennent, demeurent inefficaces, si les formalités prescrites par la loi n'ont pas été observées.

Et dire que certaines législations sont formalistes, c'est dire, aussi, quelquefois, que, lorsque les formalités prescrites par la loi, pour l'accomplissement d'un acte, ont été remplies, les effets de cet acte sont déterminés, non par l'intention réelle des parties, mais par les formules orales ou écrites dans lesquelles cette intention a dû se manifester. C'est ainsi qu'à Rome, s'agissant des contrats *verbis* et *litteris*, les pouvoirs du juge se limitaient à l'examen de ce qui avait été dit ou écrit. Il devait s'en tenir à ce qui avait été dit ou écrit, sans pouvoir se préoccuper de l'intention des parties (2).

Or, le droit musulman, en dépit de ses origines religieuses, n'est pas et n'a jamais été formaliste, vraisemblablement parce que, de toutes les religions, la religion musulmane est, peut-être, la moins formaliste (3).

En droit musulman, en effet : 1° un acte juridique ne saurait valoir sans le consentement de ceux qui ont participé à son accomplissement. Le consentement requis n'est pas toujours (et il en est ainsi, on le verra par la suite, en matière de mariage) celui des personnes que cet acte va lier. Il n'en est pas moins vrai que, en principe, sans consentement, pas d'acte valable.

2° Le consentement n'est, en principe, pour sa manifestation

---

(1) « Pour eux (les Arabes), la formule est tout ; l'institution n'en est que la conséquence forcée, et cette formule crée l'institution en vertu de la seule propriété des termes dont elle est composée ; pour nous, c'est l'institution qui s'impose à la formule et qui en détermine la forme et l'*acception* ; pour eux c'est l'expression qui s'impose à l'institution qui la modifie, qui la crée même et qui, toujours, produit des effets *adéquats à leur acception*, alors même que ces effets seraient contraires à l'objet direct et final de cette institution... En un mot, la dénégation absolue, systématique, de toute idée de droit, d'âme ou de volonté ; à la place de l'homme, des mots.... » (de Nauphal, *Système législatif musulman. — Le Mariage*, p. 5 et 8).

(2) Cf. May, *Éléments de Droit romain*, p. 293.

(3) Milliot : *l'Association agricole chez les musulmans du Maghreb*, p. 10.

et sa validité, soumis à l'observation d'aucune règle de forme particulière [1].

3° Lorsque, par exception, certaines formalités sont requises et ont été observées, l'acte ne saurait valoir si les parties, ou même simplement l'une d'entre elles, n'y ont pas réellement consenti.

Il n'en est autrement qu'en matière de *mariage* et de *répudiation*.

Le mariage est valable, encore que l'une des parties n'y aurait donné son consentement que par plaisanterie ou dérision [2], — de même qu'il est des formules de répudiation qui emportent nécessairement dissolution de mariage, encore que l'intention du mari n'aurait pas été de leur attacher cette efficacité [3]. — Ces solutions sont vraisemblablement basées sur un *hadits* bien connu : « *Tout est sérieux dans le mariage* » [4]. Elles constituent une peine à l'égard de ceux qui, en des matières éminemment graves, n'agissent pas avec toute la gravité désirable, qui traitent avec légèreté des affaires éminemment sérieuses.

Mais, ce sont là des solutions tout à fait exceptionnelles, et la règle, en droit musulman, c'est que, dans les cas très rares où la validité d'un acte juridique a été subordonnée à l'observation de certaines formalités, l'accomplissement de ces formalités ne saurait suppléer à l'absence ou à l'insuffisance du consentement.

4° Enfin, en droit Musulman, en principe, c'est d'après l'intention réelle des parties que se déterminent les effets d'un acte juridique, et non d'après la forme dans laquelle cette intention s'est manifestée.

---

(1) « Fondé sur la bonne foi, ce système de droit fait nécessairement une très large part à la volonté humaine et s'affranchit de tout formalisme. De quelque manière qu'elle s'exprime, la volonté humaine suffit pour créer le lien de droit ; il est très rare que la validité ou la nullité d'un acte dépendent, en droit musulman, d'une question de forme. Partant, la règle *consensus solus obligat* est fondamentale ». Santillana, *op. cit.*, p. v et notes 1 et 2.

(2) De Nauphal, *Système législatif musulman ; mariage*, p. 13 et suiv. -- *Code du Statut personnel égyptien*, art. 490.

(3) Khalil, *trad. Fagnan*, Mariage et répudiation, p. 108, 122, 125 et 139. — Code du St. pers. égyptien, art. 490.

(4) De Nauphal, *loc. cit.*

§ 4. — La codification du Droit musulman algérien

53. — Nous avons vu précédemment[1] que c'est dans les recueils de jurisprudence publiés par les *Mouk'alledin* que le juge doit, à l'heure actuelle, en pays musulman, chercher la règle applicable à la difficulté qui lui est soumise.

Or, ces recueils, écrits en arabe littéral, ne sont accessibles qu'à un petit nombre de musulmans algériens ; de plus, ils sont difficilement utilisables, même par ceux à qui ils sont intelligibles. Ces recueils, en effet, ne sont pas ponctués ; on n'y trouve point d'alinéas ; c'est tout au plus si la rubrique des chapitres s'y détache avec quelque netteté ; si bien que ce n'est qu'au prix de longs efforts que l'on peut arriver à trouver dans ces recueils le passage que l'on y cherche. Puis, lorsqu'on l'a découvert, de nouvelles difficultés commencent, parce que certains docteurs musulmans, *Khalil* notamment, sont d'une concision excessive, et ne peuvent être compris qu'à l'aide d'un commentaire, qui, lui aussi, a souvent besoin d'être commenté.

Il est à remarquer, en outre, qu'en Algérie, en territoire civil, le juge français est, en matière musulmane, le juge de droit commun, que le juge indigène n'y a plus qu'une compétence restreinte, et que, de quelque territoire qu'il s'agisse, les juges d'appel sont toujours des juges français. Or, il est peu de magistrats français qui connaissent l'arabe, les traductions de traités de droit musulman sont peu nombreuses ; et celles qui existent, sont souvent défectueuses, car si elles sont l'œuvre d'exellents arabisants, ceux-ci, pour la plupart, n'étaient point des juristes.

Enfin, ces recueils de jurisprudence musulmane, sur nombre de questions, révèlent l'existence de désaccords entre docteurs musulmans et fournissent des solutions contradictoires ; si bien qu'en Algérie, en matière musulmane, tout peut être plaidé et tout peut être jugé.

---

(1) N°21.

Il est bien vrai qu'un décret du 25 mai 1892 a autorisé le Procureur Général près la Cour d'Appel d'Alger à déférer à cette Cour toutes les décisions en dernier ressort contraires aux principes qui gouvernent les indigènes musulmans, en ce qui concerne leur statut personnel, leurs successions et ceux de leurs immeubles qui ne sont pas francisés. On se flattait ainsi, d'obtenir « l'unité de jurisprudence en matière musulmane »[1]. Mais, les faits montrent que cet espoir ne s'est pas réalisé[2].

Et c'est alors que l'idée se fit jour d'une codification du droit musulman algérien, de l'établissement d'un code où seraient condensés et formulés clairement les principes fondamentaux de ce droit, et dans lequel les magistrats, tant indigènes que français, découvriraient rapidement et sûrement les éléments et la justification de leurs décisions. Et le 18 mars 1904, la Délégation financière des Colons, sur la proposition de M. Bouché, émettait le vœu « *qu'une commission d'études, composée de jurisconsultes musulmans et français, fût chargée de résumer, en règles simples, facilement interprétables et en articles précis, les principes du droit musulman réunis en un véritable code* ».

Le 22 mars 1905, un arrêté de *M. Jonnart*, Gouverneur général de l'Algérie, instituait « *une commission pour l'étude d'une codification des dispositions du droit musulman applicables aux indigènes musulmans de l'Algérie* ».

54. — Les avantages que présente la codification des lois indigènes ne sont plus à démontrer. Ce sont, tout d'abord, ceux « qui font la supériorité du droit écrit sur le droit coutumier »[3]. Ce sont, ensuite, ceux qui résultent d'une facilité plus grande donnée au juge européen, nouveau-venu dans la colonie, pour s'enquérir rapidement de la législation qu'il doit appliquer et s'en assimiler l'esprit[4].

Et ces avantages expliquent, qu'à l'exemple des Anglais dans

---

(1) *Rapport au Président de la République.*

(2) Cf. notre *Avant-projet du Code Musulman Algérien ;* Avertissement.

(3) Girault, *op. cit.*, t. II, p. 68.

(4) Girault, *op. cit.*, t. II, p. 67.

l'Inde[1], nous ayons procédé à la codification des coutumes indigènes dans certaines de nos colonies[2], et que, dans certaines autres où elle n'a pas été faite, cette codification soit instamment réclamée[3].

Les codes ainsi établis n'ont pas toujours reçu force de loi[4] ; mais, alors même qu'ils n'ont qu'une autorité purement doctrinale, ces recueils, s'ils ne lient pas le juge, lui servent de guide et lui permettent de s'affranchir de l'assistance, souvent suspecte, de conseillers indigènes.

En ce qui concerne le droit musulman, il semble bien que ce soient les musulmans eux-mêmes qui les premiers sont entrés dans la voie de la codification. La *Medjellat*, ou *Code civil ottoman*, date de 1868 ; le *Code égyptien du statut personnel et des successions* date de 1875. Et, c'est seulement en 1896 que la Tunisie, qui possède aujourd'hui un *Code des obligations et des contrats*[5], un *Code de procédure civile*[6] et un *Code pénal*[7], a institué une *Commission de codification des lois tunisiennes*.

En 1905, ainsi qu'il été dit plus haut, l'Algérie entreprenait la codification des dispositions du droit musulman applicables à ses indigènes.

En 1907, le *Colonial office* chargeait M. *Suhrawardy* d'élaborer un Code islamique pour les Tribunaux de l'Afrique occidentale anglaise[8] ; — et, en 1909, le gouvernement russe faisait établir, pour les Musulmans du Turkestan russe, un projet de Code musulman hanéfite réglementant principalement le droit de famille et les successions.

---

(1) *Eod. loc.*, p. 66.

(2) Girault, *op. cit.*, t. II, n° 201.

(3) « Je rappelle, comme je l'ai fait plus haut en parlant de la justice civile, l'utilité que présenterait la codification, grâce aux renseignements recueillis par les administrateurs, des coutumes indigènes. Cette enquête présenterait plus d'intérêt encore au point de vue pénal qu'au point de vue civil et je serais heureux qu'elle fût activement poursuivie » (Circulaire du Gouverneur général de l'Afrique équatoriale française du 10 juillet 1911).

(4) C'est le cas des *Coutumes Agni* rédigées pour certains indigènes de la Côte d'Ivoire, par les soins du Gouvernement de l'Afrique occidentale .

(5) Entré en vigueur le 1er juin 1907.

(6) Entré en vigueur le 1er juin 1911.

(7) Entré en vigueur le 1er janvier 1914.

(8) *Revue du M. mus.* ; n° d'août-sept. 1907, p. 136.

55. — Or, cette codification des législations indigènes, celle du Droit musulman algérien plus particulièrement, ont été l'objet d'un certain nombre de critiques.

On a prétendu, tout d'abord, que par suite d'une pente naturelle à rédiger ces codes sur le même plan que les nôtres, on arriverait fatalement à défigurer le droit indigène [1], puisque certains voient, dans la codification, un moyen d'influer sur le droit indigène dans le sens d'un rapprochement avec nos institutions européennes, de transformer les règles qui jurent trop avec nos conceptions et que c'est là un procédé qui, au fond, manque de loyauté [2] ; — enfin, que ces travaux de codification vont contre leur but, parce qu'ils immobilisent les coutumes indigènes qu'ils prétendent amender et qu'ils retardent une évolution naturelle qui se produirait vraisemblablement au contact de la domination européenne [3].

Quant aux critiques qui ont été plus spécialement dirigées contre la codification du droit musulman algérien, elles peuvent être ainsi résumées : Il n'y a jamais eu, dans l'Islam, un corps ou un comité s'octroyant le pouvoir de prendre une décision à un moment donné, sur certaines questions au nom de la Communauté infaillible. Charger une commission de savants d'un rite de la codification de la loi musulmane, serait une véritable innovation. Or, les légistes sont ennemis des nouveautés, en souvenir de la parole attribuée au Prophète : « *Gardez-vous des choses nouvelles, car toute nouvelle chose est hérésie ; toute hérésie est erreur ; et toute erreur mérite le feu de l'enfer* ».

Il est bien vrai, qu'en certains pays musulmans, la Turquie, l'Égypte, des collections officielles de règles et de dispositifs de la loi musulmane ont été établies ; mais il n'est pas démontré que les prescriptions de ces codes soient appliqués par les tribunaux religieux. — D'ailleurs, un gouvernement ne saurait consacrer officiellement certaines institutions comme la poly-

(1) Girault, *op. cit.*, t. II, p. 68.
(2) *Eod. loc.*
(3) Girault, *op. cit.*, t. II, p. 68 et 69.

gamie, qu'il est dans l'obligation de tolérer. — Puis, une codification opérée sous la direction de non-musulmans ne saurait qu'être suspecte.

Enfin, si l'on tentait pour cette codification, d'emprunter aux thèses différentes des Écoles de droit de l'Islam ce qui convient le mieux aux conceptions du droit moderne, ainsi que l'a fait la commission algérienne de codification, l'obéissance de la population musulmane à ce code prouverait simplement que l'autorité du Gouvernement français est telle qu'il aurait tout aussi facilement pu remplacer le droit musulman par un autre [1].

56. — Or, que certains de ceux qui ont entrepris des travaux de codification aient, sous prétexte de codification, défiguré, dénaturé le droit indigène, cela est possible ; mais, si cela prouve qu'il y a eu des codifications mal faites, cela ne prouve rien contre le principe même de la codification. — D'autre part, ceux qui ont demandé et ceux qui ont réalisé la codification de coutumes indigènes, n'ont jamais, en ce faisant, voulu réclamer ni accomplir une œuvre définitive et intangible ; et l'on ne voit pas pourquoi la codification d'une législation indigène en entraverait plus le développement que la rédaction de notre code civil n'a entravé l'évolution de notre droit privé [2].

Et autrement sérieuses sont les objections tirées du caractère islamique de la législation à codifier. — Elles ne nous paraissent point, cependant, irréfutables.

Certes, un Etat civilisé peut éprouver quelque scrupule à reconnaître expressément et officiellement l'existence de certaines institutions telles que la polygamie ou la répudiation. Mais cela n'est pas, somme toute, beaucoup plus grave que d'admettre implicitement cette existence, en autorisant le maintien des lois et coutumes indigènes et d'obliger ainsi les tribunaux à la reconnaissance expresse et officielle devant laquelle on a reculé.

---

(1) Cf. Snouck-Hurgronje, *Politique musulmane de la Hollande* ; — *Rev. M. mus.*, juin 1911, p. 436 et suiv.

(2) Cf. notre *Avant-projet de Code musulman algérien*, Avertissement, p. 2, note 1.

D'autre part, si, pour des Musulmans, l'établissement d'un Code constitue une innovation et s'il est à présumer que ces Musulmans tiendront cette innovation pour d'autant plus suspecte que le Code ainsi établi emprunte à des rites autres que celui auxquels ils appartiennent et que des Européens auront participé à sa confection, on ne saurait affirmer *à priori*, cependant, que l'entreprise d'une codification de la loi musulmane suscitera nécessairement, en tous pays musulmans, les mêmes suspicions et se heurtera aux mêmes résistances. Tout dépend, dans la circonstance, du degré de civilisation de la population musulmane dont il s'agit de codifier la législation, de l'état des relations de cette population musulmane avec la population européenne, de la mesure plus ou moins grande dans laquelle les indigènes ont été rendus justiciables des juridictions européennes, de la plus ou moins grande gravité des inconvénients que présente l'absence de règles écrites, certaines, par lesquelles le juge se trouve lié.

Or, familiarisés depuis de longues années avec l'idée de la sécularisation de la justice, puisqu'en territoire civil le *cadi* n'a plus qu'une compétence restreinte et que tous les juges d'appel sont français, — ainsi habitués à la collaboration, dans le domaine judiciaire, de fonctionnaires français et de fonctionnaires indigènes, les indigènes musulmans de l'Algérie n'ont nullement, à l'égard de l'entreprise confiée à la commission de codification, manifesté les défiances que l'on avait escomptées. S'ils ont, au début, manifesté quelques inquiétudes, ces inquiétudes ont cessé très vite, car très vite ils se sont rendu compte que la Commission ne songeait nullement, sous prétexte de codification, à leur retirer le bénéfice de leurs lois et coutumes, qu'elle se proposait seulement d'améliorer ces lois et coutumes et qu'elle voulait surtout, par l'élaboration d'un texte précis et clair liant le juge, empêcher nombre de procès ruineux que rendent possibles, à l'heure actuelle, l'incertitude des règles et les incohérences et les contradictions de notre jurisprudence. Et la confiance, chez eux, succéda alors à l'inquiétude.

C'est ainsi que, chargé par la Commission d'établir le texte

d'un *Avant-projet de Code musulman algérien*, nous avons reçu d'indigènes lettrés et cultivés de précieux encouragements et trouvé auprès de magistrats indigènes de sérieux appuis. D'ailleurs, les magistrats indigènes et la population musulmane tiennent l'œuvre de la codification pour si peu suspecte, qu'à l'heure actuelle où le texte du Code élaboré par la Commission n'a pas encore été rendu obligatoire, ce texte est appliqué par nombre de juges tant français qu'indigènes.

Ainsi tombent devant les faits les objections dirigées contre la codification du droit musulman algérien.

57. — La Commission chargée de réaliser cette codification a tenu, d'ailleurs, à ce qu'il y fût procédé dans des conditions offrant à la population indigène les plus sérieuses garanties. C'est ainsi qu'elle a décidé, qu'avant de venir en discussion devant elle, chacun des Livres de notre *Avant-projet* serait communiqué pour avis aux magistrats français et indigènes et qu'au moment d'aborder l'examen de chaque article, il lui serait donné communication des avis recueillis. Elle a décidé, en outre, que le texte arrêté par elle serait envoyé ensuite aux *'oulama* algériens réputés pour leur savoir et leur orthodoxie et soumis à leur approbation (1).

La Commission s'est réunie pour la première fois le 27 mai 1905. Elle s'est dissoute le 16 mai 1914, après avoir adopté le 81e et dernier article d'un *Code musulman algérien* comprenant quatre livres (I. Statut personnel. — II. Statut successoral; hobous. — III. Statut réel immobilier. — IV. Preuves).

---

(1) Cf. Déclaration des Savants d'Algérie approuvant le texte définitif du Livre I (Statut personnel) du *Code musulman algérien*. (Procès-verbaux des Séances de la Commission; fasc. v; p. 75 et suiv.).

IV

Les Coutumes indigènes

IV

LES COUTUMES INDIGÈNES

58. — Il ne sera point ici question du droit coutumier qui, dans l'Afrique du Nord, s'est, en quelque sorte, greffé sur le droit musulman et dont il a été précédemment parlé [1], droit coutumier qui n'est qu'un droit musulman déformé, adapté aux exigences sociales et aux besoins économiques des populations entièrement islamisées de l'Afrique du Nord, de celles que nous appelons *Arabes*.

Il s'agit uniquement, ici, des coutumes qui régissent les Berbères non arabisés de l'Afrique du Nord, principalement fixés dans les massifs montagneux de l'Algérie et du Maroc ou nomadisant dans le Sahara, que les invasions arabes n'ont, pour ainsi dire, point entamés et qui, convertis à l'islamisme, ont continué, dans le domaine du droit, à ne relever, en principe, que de leurs coutumes, ou, tout au moins, y sont, dans une très large mesure, demeurés soumis et se rattachent aux groupes suivants : *Kabyles*, *Chaouïas*, en Algérie, — *Riffains*, *Beraber*, *Chleuhs*, au Maroc [2], — *Touareg*, au Sahara.

Pour ce qui est des *Chaouïas* de l'Aurès et des Berbères de la Petite-Kabylie, ils sont, aujourd'hui, presque aussi complètement régis par la loi musulmane que les autres indigènes du Tell. A leur organisation judiciaire traditionnelle, nous avons

---

(1) V. *sup*, n° 36.

(2) ... « Au Maroc, pays moins pénétré par les influences orientales, les régions de droit coutumier sont beaucoup plus nombreuses qu'ailleurs et égalent au moins en importance les régions du *Chrâ* (droit musulman). Le Moyen Atlas et le Grand Atlas tout entiers et presque toutes les régions sahariennes sont pays de coutumes » (Henri Basset, *Essai sur la littérature des Berbères*, p. 84).

A noter, toutefois, que, selon Nehlil, on constaterait une régression lente mais sûre de la coutume vers le *chra*, (L'azref des tribus et qsour berbères du Haut-Guir; *Archives Berbères*, t. I, p. 80).

Un arrêté du grand-vizir du 12 septembre 1914 a procédé à la désignation des tribus de coutumes berbères (*Rev. Alg.*, 1914, 3e partie, p. 1029).

substitué l'organisation judiciaire des pays arabes ; nous les avons dotés de cadis, qui ont jugé d'après le droit musulman, et non plus d'après la coutume ; si bien qu'à l'heure actuelle, sauf en de rares matières, les coutumes de l'Aurès et de la Petite-Kabylie ne reçoivent plus d'application (1).

Quant aux Berbères non arabisés du Maroc, nous ne possédons encore, en ce qui concerne leurs institutions coutumières, que des renseignements fragmentaires. Mais il résulte de très intéressantes monographies publiées par les *Archives Marocaines* et les *Archives Berbères*, que ces institutions présentent, sur bien des points, avec les institutions kabyles, les plus grandes analogies (2).

59. — *Coutumes kabyles.* — Les indigènes de la Grande-Kabylie sont musulmans et, sous le rapport du dogme, se montrent des « *musulmans irréprochables* » (3). Mais, chez eux, « l'on voit le dogme se séparer nettement du droit » (4).

Dans le domaine du droit, en effet, les Kabyles, y compris les marabouts (5), ne relèvent, en principe, que de leurs coutumes et ne se soumettent aux règles coraniques que lorsque la coutume n'a pas statué (6).

---

(1) Nous avons signalé dans une étude sur l'*Islamisation des populations de l'Aurès* certaines manifestafions assez curieuses de cette survivance des coutumes anciennes. — Cf. nos *Etudes de droit musulman algérien*, p. 457 e-suiv. — Dans la Petite-Kabylie, ce n'est plus que dans la matière de la délat tion et de la prestation de serment, que les coutumes ont continué de recevoir application.

(2) Cf. Salmon, *Les Institutions Berbères*, *Arch. Maroc.*, t. I, p. 127 et suiv. — Salmon, *Contribution à l'étude du droit coutumier du Nord-Marocain*, *Arch. Mar.*, t. III, p. 331 et suiv. — A. Bernard, *Les confins algéro-marocains*, p. 76 et suiv. — *Le Maroc*, p, 214 et suiv. — Lieut[t] Margot, *Les K'anoun de Zénaga*, Bul. Soc. Géog. Oran ; 1909, t. XXIX, p. 296 et suiv. — Nehlil, *L'azref des tribus et qsour berbères du Haut-Guir ; Les Archices Berbères*, 1915, t. I. — Bruno, *Introduction à l'étude du droit coutumier des Berbères du Maroc central* ; conférence prononcée à l'École supérieure de Langue et de Littérature arabe et de dialectes berbères de Rabat. (Novembre 1918).

(3) Hanoteau et Letourneux, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, t. II, p. 135. — Renan, *Mélanges d'Histoire et de Voyages*, La Société berbère, p. 325.

(4) Hanoteau et Letourneux, *loc. cit.*

(5) Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, t. II, p. 137. Il nous a été affirmé, toutefois, que certaines familles maraboutiques affectaient de se plier aux prescriptions du droit musulman.

(6) Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, p. 136.

Ils obéissent à l'*'Aadat* ou coutume générale, — et à l'*'Orf*, coutume de village, coutume locale [1].

L'*'Aadat* et l'*'Orf* « ont leur base dans le consentement général ; ... elles sont l'émanation de la souveraineté populaire » [2].

Rien ne s'oppose, dès lors, à ce qu'elles puissent être abrogées ou amendées. Avant l'occupation française, les modifications à apporter à l'*'Aadat* étaient décidées dans des réunions de tribus. C'est ainsi qu'en l'an 1748 de notre ère, les représentants de nombreuses tribus kabyles se réunirent et décidèrent qu'à l'avenir les femmes seraient exclues de la succession des mâles [3]. — Quant aux modifications â faire subir à l'*'Orf*, elles étaient proposées à la *djem'aâ* du village et arrêtées par elle. — Aujourd'hui, les tribus kabyles ne forment plus de confédérations et ne seraient plus admises à tenir de congrès. Quant aux *djem'aâs* de villages, elles ont perdu tout pouvoir législatif ou judiciaire. Il n'en résulte point, cependant, que les coutumes kabyles aient acquis de ce chef une véritable immuabilité. Les Kabyles ont des représentants aux *Délégations financières algériennes*, par l'intermédiaire de qui ils peuvent faire connaître aux pouvoirs publics les modifications qu'ils ont le désir de voir apporter aux dispositions des coutumes qui les régissent, et, par des instructions adressées aux fonctionnaires des ordres administratif et judiciaire, le Gouverneur général a le moyen d'arriver à donner satisfaction aux réclamations formulées. C'est ainsi qu'une circulaire gubernatoriale, en date du 13 juillet 1903, provoquée par les représentants de la Kabylie aux *Délégations financières*, a invité le Préfet d'Alger à adresser des instructions à l'administrateur de la commune mixte d'*Azeffoun* (Port-Gueydon), pour que, dans certains villages des

---

(1) *Eod. loc.*, p. 137. Au Maroc, la coutume, c'est l'*azref* (Nehlil; *loc. cit.*, p. 77). — Sur l'origine du mot *azref*, cf. Henri Basset, *op. cit.*, p. 86 et suiv.

(2) En Kabylie, le mot *coutume* s'entend aussi bien d'une décision prise en commun par les représentants du village ou de la tribu, posant un principe, formulant une règle pour l'avenir, que d'une pratique sanctionnée par la jurisprudence, d'un usage judiciaire. Cela provient, sans doute, de ce qu'en Kabylie, la *djemaâ* détient à la fois le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire (Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, t. II, p, 24 et 25).

(3) Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, t. II, p. 135 et 283; t. III, p. 451.

Béni-Flick et *Yazzouzen*, certaines coutumes relatives à la tutelle des veuves cessassent de recevoir application,

Ni l'*'Aadat* ni l'*'Orf* n'ont fait l'objet d'une rédaction écrite [1]. C'est par la parole que la transmission en a été assurée, et c'est en faisant appel à la mémoire des anciens des tribus ou du village, qu'on en peut connaître les dispositions.

Certaines règles coutumières, cependant, ont été constatées par écrit. Les Kabyles ont des *K'anoun*, des tarifs d'amende, sorte de code pénal édictant des peines, principalement des amendes, pour le cas d'infraction à la coutume pénale et, quelquefois aussi, pour le cas de violation de règles coutumières d'un caractère purement privé ; quelquefois, même, les *K'anoun* « contiennent des règles de droit civil non sanctionnées par une amende, et qui sont le plus souvent une modification de la coutume générale par l'usage local » [2]. Et, fréquemment, ces *K'anoun* sont écrits [3]. — Et voilà comment, malgré que l'*'Aadat* et l'*'Orf* se soient, en principe, transmises uniquement par la tradition orale, de génération en génération. certaines dispositions de l'*'Aadat* et de l'*'Orf* nous sont, cependant, parvenues dans la forme écrite.

60. — *Bibliographie.* — Hanoteau et Letourneux, *La Kabylie et les Coutumes kabyles*, 3 volumes. — Masqueray, *Formation des cités chez les sédentaires de l'Algérie*. — Luc, *Le Droit kabyle.* — Belkassem ben Sédira, *Kanouns kabyles* (texte). — Saïd Boulifa, *Recueil de poésies kabyles ; Le K'anoun d'Ad'ni* (Recueil de Mémoires et de textes publiés en l'honneur du XIVe Congrès des Orientalistes par les professeurs de l'École supérieurs des Lettres et des Médersas, p. 151). — Liorel, *La Kabylie du Djurjura*; — Henri Basset, *Essai sur la littérature des Berbères.*

61. — *Coutumes Touareg.* — *Les Touareg* sont musulmans. Ceux du Nord et ceux de l'Ouest, à l'exception des marabouts et de quelques hommes pieux, ne pratiquent guère et leur islamisme recouvre à peine leurs croyances et leurs supersti-

(1) Vraisemblablement à cause de la disparition de l'écriture berbère et de la difficulté que présente l'emploi des caractères arabes pour la transcription des mots berbères (Cf. Hanoteau et Letourneux, *op cit.*, t. I, p. 306).

(2 et 3) Hanoteau et Letourneux, *loc. cit.*, p. 138.

tions antérieures [1]. Mais ceux du Sud-Est, de l'*Aïr*, parce que soumis, sans doute, à des influences musulmanes plus directes et plus persistantes, sont meilleurs musulmans [2].

Mais, même alors qu'ils ont été réellement et foncièrement islamisés, les *Touareg* n'obéissent qu'à leurs coutumes et n'interrogent le droit écrit que dans le silence de celles-ci [3]. C'est ainsi que, tandis que la famille musulmane est basée sur le patriarchat, qu'il n'est, en droit musulman de vraie parenté que par les mâles, — chez les *Touareg*, la coutume donne, à la parenté par les femmes, le pas sur la parenté par les mâles. L'enfant suit la condition de la mère [4] et « c'est de sa mère que le fils tient son droit au commandement » [5].

Malgré que les *Touareg* possèdent une écriture, le *tifinar*, à raison, peut-être, des difficultés qu'en présente la lecture [6], les coutumes *touareg* n'ont fait l'objet d'aucune rédaction écrite et se sont conservées traditionnellement dans la mémoire des anciens [7].

62. — *Bibliographie.* — Duveyrier, *Les Touareg du Nord.* — Bissuel, *Les Touareg de l'Ouest.* — Métois, *La femme chez les Touareg* (Bul. Réun. Ét. Alg., avril, mai, juillet 1908). — Durand, *Notes sur les Touareg* (Bul. soc. géog. Alger, 1904, p. 686). — Benhazera, *Six mois chez les Touareg du Ahaggar.* — Jean, *Les Touareg du Sud-Est, l'Aïr.* — Mangeot et Paul Marty. *Les Touareg de la boucle du Niger.* — Bul. du Comité d'études historiques et scientifiques de l'Afrique occidentale française, 1918, p. 87, 257, 432 et suiv. — Richer, *Les Touareg du Niger* (Rev. M. mus., t. XXXVI, p. 103 et suiv.).

---

(1) Duveyrier, *Les Touareg du Nord*, p. 413 et 414. — Benhazera, *Six mois chez les Touareg du Ahaggar*, p. 57 et suiv.

(2) Jean, *Les Touareg du Sud-Est, L'Aïr*, p. 226.

(3) Duveyrier, *op. cit.*, p. 427.

(4) « C'est le ventre qui teint l'enfant » (Benhazera, *op. cit.*, p. 11).

(5) Benhazera, *op. cit.*, p. 11. — L'héritage privé toutefois, se transmettrait conformément à la loi musulmane; *eod. loc.*, p. 25.

(6) *Eod. loc.*, p. 42.

(7) Duveyrier, *op. cit.*, p. 427.

V

Éléments de droit public

§ 1. — **Organisation politique.**

§ 2. — **Organisation sociale.**

§ 3. — **Organisation du culte.**

§ 4. — **Droit pénal.**

V

ÉLÉMENTS DE DROIT PUBLIC MUSULMAN

63. — Malgré que notre enseignement ait pour unique objet le droit privé qui régit les populations musulmanes de l'Algérie, nous croyons, cependant, devoir donner une idée d'ensemble de la vie des communautés musulmanes et, pour cela, fournir des renseignements sommaires sur : 1° l'organisation politique ; 2° l'organisation sociale ; 3° l'organisation du culte ; 4° le droit pénal des pays musulmans.

§ 1. — Organisation politique

64. — Il n'est rien dit d'explicite ni de précis, dans le Coran, touchant l'organisation politique de la communauté musulmane, l'étendue ni le mode de transmission des pouvoirs de son chef ; et cela est si surprenant qu'on a pu prétendre avec quelque apparence de raison, que cela ne pouvait s'expliquer que par la conviction qu'avait le Prophète que sa disparition marquerait la fin du monde [1].

Toujours est-il que le silence ou, tout au moins, l'obscurité du Coran, sur ces divers points, a été la source de difficultés nombreuses et de difficultés graves aussi, car c'est d'elles qu'est née l'hérésie *chiite*.

Il ne semble pas, toutefois, qu'on ait discuté longtemps sur le point de savoir si l'on donnerait un successeur au Prophète. On admit, sans grande difficulté, qu'il y avait lieu de donner au Prophète un *khalife*, c'est-à-dire un successeur et, à la Communauté musulmane, un *imam*, c'est-à-dire un chef chargé de

---

(1) Cf. Casanova, *Mohammed et la fin du Monde*.

la diriger [1]. Mais de véritables querelles se produisirent lorsqu'il fallut se prononcer sur la question de savoir qui aurait qualité pour succéder à Mahomet.— Du vivant même du Prophète des groupes s'étaient formés dans son entourage, se disputant ses faveurs et l'influence politique. Chacun de ces groupes eut à son décès, son candidat et s'efforça de justifier l'élévation de ce dernier au khalifat. C'est ainsi que les Médinois, prenant prétexte de ce que les tribus Médinoises avaient donné asile au Prophète et assuré le triomphe de l'islamisme, prétendaient que le *khalife* ne pouvait être pris que dans leur sein. Tandis que les Mecquois émigrés à Médine, observant qu'ils étaient de la tribu de Mahomet et qu'ils avaient été les premiers à embrasser l'islamisme et à souffrir pour la religion nouvelle, soutenaient que les Médinois ne pouvaient être les premiers qu'après eux [2] et que c'était parmi eux, Mecquois de la tribu de Mahomet, que le *khalife* devait être choisi.— D'ailleurs, au sein même du groupe Mecquois, des dissentiments se produisirent, certains Mecquois voulant porter au khalifat *Ali*, cousin et gendre de Mahomet, tandis qu'*Aïcha*, l'une des veuves du Prophète, demeurée très influente, mettait en avant la candidature de son père, *Abou-Bekr*.

Et, de ces querelles, naquirent plusieurs théories du *Khalifat* ou de *l'Imamat*.

Or, lorsqu'étudiant les sources du droit, nous avons exposé l'œuvre législative des *fouk'aha*, nous avons constaté que de très vives controverses s'étaient élevées touchant la méthode selon laquelle devait se manifester l'activité de ces *fouk'aha*, se réaliser leur participation à l'élaboration du droit, que de ces controverses étaient nées différentes Ecoles, qu'entre adeptes de ces différentes Écoles la lutte avait été, à certaines époques, très vive, quelquefois même violente, mais que

(1) « On a nommé le khalife *imam*, parce qu'on l'a assimilé à l'imam qui dirige la prière publique et dont les mouvements sont imités par toute la congrégation. De là provient l'emploi du terme *grand imamat* pour désigner la qualité de khalife » (Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 387).

(2) Dozy, *Essai sur l'histoire de l'Islamisme*, trad. Chauvin, p. 164.

l'apaisement s'était fait, et que les adeptes de ces différentes Écoles avaient fini par se tenir tous pour parfaitement orthodoses.

Mais, s'agissant de la question du *khalifat* ou de *l'imamat*, les querelles auxquelles elle donna naissance, devaient fatalement aboutir à l'excommunication, par les tenants d'une théorie, des partisans de toutes les autres. C'est, qu'en effet, si l'on conçoit l'application simultanée, au sein d'une communauté politique déterminée, de plusieurs systèmes de jurisprudence, on ne conçoit plus la coexistence, au sein de cette même communauté, d'organismes politiques distincts constitués d'après des principes différents ; en un pays déterminé, les systèmes de jurisprudence peuvent se juxtaposer ; les systèmes concernant l'organisation du pouvoir suprême s'excluent fatalement, nécessairement.

Et c'est ainsi que s'agissant de cette question du *Khalifat* ou de l'*Imamat*, nous nous trouvons en présence d'une théorie orthodoxe, c'est-à-dire acceptée par la grande masse des Musulmans, et de théories hérétiques, dont les principales sont la théorie *kharidjite* et la théorie *Chiite* ou plutôt les théories *Chiites*, car, au sein de la communauté *chiite*, des dissidences se sont produites.

Malgré que notre intention soit de ne consacrer à l'exposé de chacune de ces théories que des renseignements très sommaires, nous ne nous bornerons pas, cependant, à indiquer uniquement ce par quoi chacune de ces théories s'oppose aux autres ; à n'envisager, en quelque sorte, que le côté externe de chacune d'elles. C'est qu'en effet, il ne suffisait pas de décider comment serait désigné le chef de la Communauté musulmane, il fallait en outre, régler les rapports de ce chef avec les membres de la Communauté, préciser ses pouvoirs et dire comment ils s'exerceraient ; et le règlement de toutes ces questions entre adeptes de chacune des théories mentionnées ci-dessus, a été la source de difficultés et de controverses nouvelles ; en sorte qu'il est, pour ainsi dire, pour chacune de ces théories, un point de vue interne dont nous ne saurions faire abstraction.

65. — *Théorie Orthodoxe.* — Elle peut être résumée dans les formules suivantes : 1° La Communauté musulmane doit avoir un *Khalife* ou *Imam* ; — 2° Le *Khalife* ou *Imam* doit être unique ; — 3° Il est désigné soit par une assemblée de fidèles réunis à l'occasion du décès du *khalife* en fonctions, soit par le *khalife* en fonctions, du vivant de ce dernier. Mais de quelque manière qu'il soit nommé, il n'acquiert la qualité d'*imam* que par son acceptation suivie de la prestation d'un serment de fidélité par les représentants de la Communauté musulmane ; — 4° Il ne peut être valablement désigné qu'autant qu'il satisfait personnellement à certaines conditions ; — 5° Il a la charge des intérêts spirituels et temporels de la Communauté ; — 6° Il est investi de tous droits et pouvoirs à l'effet d'assurer la sauvegarde de ces intérêts ; en principe, ces droits sont absolus et ces pouvoirs illimités ; ils ne sont tels, toutefois, que dans la mesure où leur exercice tend à sauvegarder les intérêts spirituels et temporels de la Communauté ; — 7° Les pouvoirs qui appartiennent au *khalife*, même les pouvoirs spirituels, peuvent être délégués ; — 8° Le *khalife* ou *Imam* peut exiger de la nation qu'elle le relève de ses fonctions, mais il ne peut être destitué que pour des causes limitativement déterminées par la loi.

1° *La Communauté musulmane doit avoir un Khalife ou Imam.* — Le Prophète mort, il fut très vite admis qu'un successeur devait lui être donné et que la Communauté musulmane devait être dotée d'un chef, que « l'établissement d'un *imam* était une chose d'obligation » (1). Mais il semble que l'on ait discuté assez longtemps sur le point de savoir si le caractère obligatoire de l'*imamat* dérivait de la raison ou bien du *Chr'a*, c'est-à-dire du Coran ou de la Sounnat (2). — C'est cette dernière opinion qui, seule, est tenue pour orthodoxe. Elle prétend se recommander de certains versets du Coran, de certains

---

(1) Ibn Khaldoun, *op. cit.* t. I, p. 388.

(2) El Maouerdi, *Kitab el Ahkam es-Soult'aniat*, *trad.* Ostrorog, t. I, p. 96 et suivantes. L'ouvrage d'El Maouerdi n'a été traduit que partiellement par Ostrorog. Une traduction complète en a été donnée, en 1915, par M. Fagnan, voir p. 5 et s.

h'adits, [1], et aussi de l'*idjm'a el oummat*, de l'accord unanime des compagnons du Prophète, qui s'empressèrent de procéder à la désignation d'*Abou Bekr* comme *khalife* et de lui prêter le serment de fidélité, avant même de s'être occupé d'ensevelir le Prophète [2].

Le chef, ainsi donné à la communauté musulmane, fut, tout d'abord, appelé *Khalife*, c'est-à-dire successeur du Prophète [3]. A cette appellation s'ajouta bientôt le titre d'*Imam*, — plus tard celui d'*Emir el Moumenin*, — plus tard, enfin, celui de *Sultan* [4].

L'*Imam*, c'est à proprement parler celui qui dirige la prière et dont les mouvements doivent être reproduits par tous les assistants. Par extension, l'on a qualifié d'*Imam* ou de *Grand Imam*, celui qui, placé à la tête de la Communauté musulmane, a mission de la diriger, et sur la conduite de qui les fidèles ont le devoir de régler la leur [5].

Quant au titre d'*Émir el Moumenin*, c'est-à-dire de Commandeur des croyants, *Omar* est le premier khalife à qui il aurait été décerné [6]. Il passa, par la suite, à ses successeurs ; mais il ne semble pas qu'il ait jamais été pris comme synonyme de celui de *khalife* ou d'*imam* — Il paraît bien, en effet, que loin de servir à désigner l'emploi de *Khalife* ou d'*imam*, il n'ait été employé que pour désigner l'un des attributs de cet emploi [7] : l'exercice effectif de la souveraineté. — Ce qui tendrait à le montrer, c'est ce fait que les membres des sectes professant, touchant la question du khalifat, des théories tenues pour hérétiques, n'ont jamais donné à ceux à qui ils reconnaissaient la qualité de

---

(1) *Eod. loc.*, p. 96. « Celui qui meurt sans reconnaître l'autorité et l'Imam de l'époque est censé mort dans l'ignorance, c'est-à-dire dans l'infidélité » (Hadits attribué au Prophète ; Rinn, *Marabouts et Khouan*, p. 3 ; d'après *Sad eddin Teftazani*).

(2) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 388.

(3) Certains traduisirent : *lieutenant de Dieu*. Cette interprétation n'a pas prévalu. Cf. sur la controverse qui s'est élevée sur ce point, El Maouerdi, *op. cit.*, t. I, p. 160, ou trad. Fagnan, p. 29, et Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 387 et 388. — *Adde* Gaudefroy-Demombynes. *op. cit.*, p. 134.

(4) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 387.

(5) *Eod. loc.*

(6) *Eod. loc.*, p. 462.

(7) *Eod. loc.*, p. 461.

khalife ou d'*imam*, le titre d'*émir el-moumenin* qu'à compter du moment où le *khalife* ou *imam* avait réussi à asseoir et à faire respecter son autorité sur une portion déterminée de territoire [1].

Pour ce qui est, enfin, du titre de *Sultan*, il désigne celui qui a la *maîtrise*, la *possession*. « Le Sultan, dit Ibn Khaldoun, est, en réalité, celui qui est le *maître* (ou possesseur) d'un troupeau (de sujets), qui le régit et qui se charge de tout ce qui le concerne » [2]. Le *Sultan*, c'est donc celui qui, matériellement, détient le pouvoir, qui exerce, en fait, l'autorité suprême.

Et, en réalité, ce ne sont point les *khalifes* qui ont pris le titre de *Sultan*, mais les *Sultans* qui ont usurpé ou se sont fait indûment reconnaître le titre de *khalife*, ainsi que l'avoue, non sans détour, l'auteur des *Prolégomènes*.

On « l'intitula aussi *Sultan*, dit, en effet, Ibn Khaldoun, dans les derniers siècles [3], lorsqu'il y avait plusieurs khalifes contemporains. Diverses nations éloignées les unes des autres, *ne trouvant personne qui possédât toutes les qualités requises dans un khalife*, se voyaient obligées de conférer cette dignité à *quiconque s'emparait du pouvoir chez elles* » [4].

De là résulte que les titres d'*Emin el-Moumenin* et de *Sultan*, de même que le titre d'*Imam*, se réfèrent à l'exercice du pouvoir souverain par le *Khalife*, et sont destinés à préciser le caractère des prérogatives lui appartenant en sa qualité de *khalife*. De là résulte, aussi, que, tandis que l'*Émir el-Moumenin* ou le *Sultan*, c'est le *Khalife* envisagé dans l'accomplissement de sa mission temporelle, l'*Imam*, c'est le *Khalife* considéré, principalement, dans l'accomplissement de sa mission spirituelle.

Toutefois, comme l'on considère, à l'origine, que, la mission du *Khalife* est, avant tout, spirituelle, que la souveraineté temporelle doit être subordonnée à la souveraineté spirituelle [5],

(1) *Eod. loc.*, p. 462 et 463.

(2) *Eod. loc.*, p. 382.

(3) Ibn Khaldoun vivait au XIVe siècle de notre ère.

(4) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 387.

(5) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 445 et t. II, p. 3.

que le titre d'*imam* l'emporte sur les autres, que le *khalife* est avant tout *imam*, l'office de *khalife* « est désigné indifféremment par les mots *khilafa* (khalifat, ou lieutenance) et *imama* (*imamat*) »[1], et les mots : *khalife* et *imam* ont fini par devenir synonymes.

2° Le *khalife ou imam doit être unique.* — C'est-à-dire :

a. — Qu'un territoire appartenant à la Communauté musulmane ne saurait être soumis simultanément à l'autorité de deux ou plusieurs *khalifes* ;

b. — Que tous les territoires appartenant à la Communauté musulmane doivent être placés sous l'autorité d'un *Khalife* unique[2]. — Cependant, l'on a soutenu que c'était à tort que cette dernière solution avait été donnée comme basée sur l'*Idjm'a el Oummat*, qu'il était parfaitement permis d'avoir deux *imams*, lorsqu'à raison de l'éloignement de certaines provinces, il paraissait être de l'intérêt de la Communauté que ces provinces fussent dotées d'un *imam* particulier et que « les docteurs d'Espagne et du Moghreb penchaient vers cette opinion »[3]. Et Ibn Khaldoun ne dissimule pas que telle est, aussi, sa manière de voir[4].

Il est de fait que l'existence d'un *khalifat* abbasside à Baghdad n'a pas fait obstacle à l'existence d'un *khalifat* oméïade à Cordoue, ni empêché que les souverains *Almohades* ne prissent le titre d'*émir el-moumenin*. De même, les dynasties chérifiennes du Maroc se sont toujours considérées comme parfaitement indépendantes, tant au spirituel qu'au temporel, des Sultans de Constantinople, et il ne semble pas que les Musulmans d'Orient aient jamais tenu les Musulmans marocains pour hérétiques, ni même pour schismatiques.

3° Le *Khalife ou Imam est désigné, soit par une assemblée de fidèles réunis, à l'occasion du décès du Khalife en fonctions, soit*

(1) *Eod. loc.*, t. I, p. 387.
(2) El Maouerdi, *op. cit.*, t. I, p. 121.
(3) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 391.
(4) *Eod. loc.*, p. 391 et 392.

par le Khalife en fonctions, du vivant de ce dernier. — Mais, de quelque manière qu'il ait été nommé, il n'acquiert la qualité d'Imam que par son acceptation suivie de la prestation d'un serment de fidélité par les représentants de la Communauté musulmane.

Ces deux procédés de désignation ont été légitimés par l'*Idjm'a*. C'est, en effet, l'*accord des Compagnons* qui a porté *Abou Bekr* au khalifat, et c'est de l'approbation donné par eux à la conduite d'*Abou Bekr*, que l'acte d'*Abou Bekr*, désignant lui-même *Omar*, comme son successeur, tire son caractère de légalité (1).

A. — *Élection*. — Ne peuvent participer à l'élection que les membres de la Communauté musulmane satisfaisant aux trois conditions suivantes : 1° l'honorabilité parfaite ; — 2° la science des conditions requises pour l'exercice de l'*imamat* ; — 3° la raison et le jugement qui conduisent au choix du meilleur *imam* (2).

Mais, tous les membres de la Communauté remplissant ces conditions doivent-ils être appelés à participer à l'élection de l'*Imam* ? — On l'a soutenu, mais cette opinion a été écartée, *Abou Bekr* ayant été élu par les Compagnons du Prophète dans une réunion tenue par eux à Médine, et installé sans que l'on attendît l'arrivée des membres éloignés de la Communauté (3). Et, certains docteurs invoquant le précédent d'*Abou Bekr*, porté au khalifat par *Omar ben el Khattab, Abou Obeïdat ben el Djerrah, Ouçid ben Houdeïr, Béchir ben Saâd* et *Salem*, affranchi d'*Abou Houd'eifat*, soutiennent que le *khalife* est régulièrement désigné dès l'instant qu'il l'est par un collège électoral d'au moins 5 membres. — D'autres estiment qu'il suffit de 3 personnes pour constituer ce collège. — D'autres vont même plus loin et tiennent pour régulière la désignation du *khalife* par une seule personne, dès l'instant que cette désignation n'a pas rencontré d'opposition (4).

Mais, quoi qu'il en soit du nombre des personnes appelées à

---

(1) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 426 et 427.

(2) Cf. El Maouerdi, *op. cit.*, t I, p. 100 et 101 ; trad. Fagnan, p. 7.

(3) *Eod. loc.*, p. 108 ; trad. Fagnan, p. 9.

(4) *Eod. loc.* p. 108, 109 et 110.

participer à l'élection, ces personnes ont le devoir de porter leur choix sur celui qui, parmi tous ceux qui satisfont aux conditions de capacité requises, semble le plus digne de recueillir le *khalifat* et le plus apte à en assurer les charges. — Et, dès l'instant que celui à qui le *khalifat* a été offert, a accepté et qu'il a été procédé à son installation, la Communauté se trouve liée et doit obéissance au *Khalife* (1).

D'ailleurs, le droit de constituer un collège électoral régulier n'est pas strictement réservé aux personnes habitant la ville où réside le *Khalife* en fonctions (2). — Dans de telles circonstances, il peut très bien arriver que deux provinces du même empire portent simultanément au *khalifat* deux personnes différentes. La règle qui, alors, a prévalu c'est que le *khalifat* appartient à celui des deux qui a reçu le premier le serment d'obéissance (3). — Si les deux prestations de serment ont été simultanées, une nouvelle élection devrait avoir lieu, qui pourrait être faite au profit d'un autre que l'un des deux *khalifes* déjà désignés (4). — Enfin, s'il y avait doute sur la date respective des prestations de serment et, si ce doute ne pouvait être éclairci, une nouvelle élection devrait avoir lieu ; — les électeurs ne pouvant désigner que l'un des deux compétiteurs, selon les uns, — mais leur choix, suivant d'autres, pouvant se porter sur une tierce personne (5).

Or, les habitants de la ville où le *Khalife* a fixé sa résidence seront presque toujours les premiers à être informés de son décès, et pour ce motif, le *Khalife* installé par eux, presque toujours, l'aura été le premier ; si bien qu'en matière d'élection, ils se trouvent bénéficier d'un véritable privilège de fait ; et *El Maouerdi* observe que, selon certains auteurs, il est juste qu'il en soit ainsi, parce que c'est généralement à la résidence du *Khalife* que se trouvent ceux qui sont le plus aptes à lui succéder (6).

(1) El Maouerdi, *op. cit.*, t. I, p. 112 et 113 ; trad. Fagnan, p. 11.
(2) *Eod. loc.*, p. 100 et 101 ; trad. Fagnan, p. 7.
(3, 4 et 5) *Eod. loc.*, p. 121 et suiv. ; trad. Fagnan, p. 11.
(6) El Maouerdi, *op. cit.*, t. I, p. 101 et 122.

B. — *Désignation du Khalife par l'Imam en fonctions.* — Le choix de l'*imam* ne peut porter que sur une personne satisfaisant aux conditions de capacité requises pour exercer les fonctions de *khalife* ; — mais, parmi les personnes possédant les qualités ainsi requises, l'*Imam* peut désigner celle que bon lui semble, cette personne fût-elle l'un de ses proches, son père ou son fils [1] ; il a, toutefois, le devoir de choisir celle de ces personnes chez qui ces qualités se rencontrent au plus haut degré [2].

L'*Imam* en fonctions possède, d'ailleurs, la faculté de désigner, non point seulement son successeur immédiat, mais, aussi, les successeurs de ses successeurs. Ceci, toutefois, ne doit être entendu que sous le bénéfice des observations suivantes : *a.* - Au décès de l'*Imam*, le *khalifat* est attribué au premier désigné parmi les successeurs désignés qui ont survécu à l'*Imam* ; — *b.* - Si celui à qui le *khalifat* a été ainsi attribué vient à décéder sans s'être donné de successeur, le *khalifat* est, alors, dévolu à celui qui vient après lui sur la liste des *khalifes* établie par le premier *Imam*, sans que les fidèles aient le droit de porter au *khalifat* un autre que lui ; — *c.* - Mais, si l'un des khalifes, ainsi désignés par l'*Imam*, dispose, alors qu'il est en fonctions, du *khalifat* au profit d'une personne qui ne figure point au nombre de celles que le premier *Imam* a désignées pour recueillir la succession, la disposition est valable, parce que le *Khalife*, en raison de sa qualité de *khalife*, possède un droit de disposition qui prime celui de toute autre personne [3].

Enfin l'*Imam* en fonctions peut, au lieu de nommer directement son successeur, nommer ceux à qui il appartiendra de le désigner. — C'est ainsi qu'a procédé *Omar* [4].

Au reste, de quelque manière qu'une personne ait été portée au khalifat, qu'il y ait eu élection ou désignation par un précé-

---

(1) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 427.— V., cependant, El Maouerdi, *op. cit.*, t., I, p. 130 et suiv.

(2) El Maouerdi, *op. cit.*, t. I, p. 128 ; trad. Fagnan, p. 16.

(3) Cf. Maouerdi, *op. cit.*, t. I, p. 145 et suiv. ; trad. Fagnan, p. 23.

(4) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 426.

dent *imam*, cette personne n'acquiert point la qualité de *khalife* dès l'instant qu'elle a été élue ou désignée. Il faut, de toute nécessité, qu'elle ait donné son acceptation. Le *khalifat* ne s'acquiert, en effet, qu'en vertu d'un *contrat* intervenu soit entre l'élu et ses électeurs, soit entre le *Khalife* en fonctions et celui qu'il entend se donner pour successeur (1).

La conclusion de ce contrat offre, toutefois, certaines particularités dont les principales sont les suivantes : *a*. - L'*Imam* en fonctions ne peut, même en l'absence d'acceptation, rétracter la désignation qu'il a faite de son successeur, sauf dans le cas, chez ce dernier, d'une altération d'état (2) ; *b*. - Le successeur désigné doit accepter du vivant de l'*imam*, mais ce n'est qu'au décès de ce dernier qu'il peut valablement se désigner un successeur (3) ; *c*. - Le successeur élu ou désigné par l'*Imam* précédent ne peut refuser d'accepter que s'il se trouve une autre personne en situation de recueillir le *khalifat*, et, s'il a accepté, il ne peut se rétracter qu'avec l'agrément de l'*imam* qui l'a désigné ou des fidèles qui l'ont élu (4).

Enfin, si le *khalifat* ne s'acquiert qu'en vertu d'un *contrat* intervenu, soit entre les électeurs et l'élu, soit entre le *Khalife* en fonctions et celui qu'il entend se donner pour successeur, — ce contrat n'est tenu pour parfait que s'il est suivi de la prestation d'un serment d'obéissance, de fidélité, par les électeurs du *Khalife* dans le cas d'élection, — par les personnes présentes à la désignation au cas où c'est par l'*Imam* en fonctions que ce *Khalife* a été choisi. Cette prestation de serment, c'est l'acte par lequel la Communauté, par l'intermédiaire de ses représentants, se reconnaît liée par le contrat de *khalifat* (5).

---

(1) *Eod. loc.*, p. 133 ; trad. Fagnan, p. 18.

(2) *Eod. loc.*, p. 133. — Parce que, en procédant à cette désignation, le *Khalife* n'a pas disposé d'un droit lui appartenant en propre, mais d'un droit appartenant à tous les Musulmans.

(3) El Maouerdi, *op. cit.*, t. I, p. 136 et 137 ; trad. Fagnan, p. 19.

(4) *Eod. loc.*, p. 134 et 135.

(5) *Eod. loc.*, p. 112 et 113. — Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 424. — Le contrat de khalifat mérite, à ce point de vue, d'être rapproché des traités internationaux, qui ne deviennent obligatoires que par la ratification des gouvernements qui les ont négociés et conclus.

Lorsque cette prestation de serment est le fait des électeurs qui ont procédé à l'élection du *Khalife*, elle engage manifestement la Communauté, puisqu'elle émane de personnes ayant qualité pour la représenter et qu'elle est leur œuvre spontanée.

Mais, lorsque le serment d'obéissance est prêté à la suite d'une désignation à laquelle il a été procédé par l'*Imam* en fonctions, la prestation de serment a lieu sur l'injonction de l'*Imam* ; et l'on a soutenu, alors, que cette prestation de serment ne se produisant pas librement, spontanément, elle ne pouvait être considérée comme la manifestation du consentement de la Communauté, et que, dès lors, la Communauté n'était pas liée par elle (1). Mais cette manière de voir n'a pas prévalu ; il a été admis que l'*Imam* avait plus de droit que tout autre pour disposer du *khalifat* et que sa décision était péremptoire (2) ; et la controverse n'a subsisté que lorsque le *Khalife* désigné par l'*Imam* se trouve être son père ou son fils (3).

4° Le Khalife ne peut être valablement désigné qu'autant qu'il satisfait personnellement à certaines conditions.

Ces conditions sont au nombre de sept : 1° l'honorabilité parfaite ; — 2° la science qui permet de pratiquer l'*idjtihad* (4) ; — 3° l'entière possession des sens de l'ouïe, de la vue et de la parole ; — 4° le parfait état de santé des membres du corps ; — 5° le discernement nécessaire au gouvernement des sujets et à la gestion des affaires d'intérêt public ; — 6° le courage et la vigueur nécessaires pour protéger la terre d'Islam (5) et faire la guerre sainte ; — 7° la filiation, c'est-à-dire appartenir à la tribu de *K'oréïch* (6).

Et ces conditions, le *Khalife* doit y satisfaire au moment

---

(1) El Maouerdi, *op. cit.*, t. I, p. 128 et 129 ; trad. Fagnan, p. 16.

(2) *Eod. loc.* — L'explication n'a rien de décisif ; mais l'on pourrait prétendre que la Communauté est liée par avance par la désignation de l'*Imam*, puisque c'est d'elle que l'*Imam* tient le droit de désigner son successeur.

(3) El Maouerdi. *op. cit.*, t. I, p. 130.

(4) V. *sup.*, n° 21. — A l'époque où s'est élaborée la théorie du khalifat, il y avait encore des *moudjtahidin*.

(5) Cf. Ostrorog, *trad. d'El Maouerdi*, t. I, p. 102, note 2 et p. 162. note 1.

(6) El Maouerdi, *op. cit.*. t. I, p. 101 et suiv. ; trad. Fagnan, p. 6.

même de son élection ou de sa désignation par l'*Imam* en fonctions [1]. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, il suffit que les conditions soient remplies au décès de l'*Imam*; mais une nouvelle prestation du serment d'obéissance devient, alors, nécessaire [2].

Mais, le *Khalife* devant justifier des conditions de capacité requises, tout au moins au décès de l'*Imam* qui l'a désigné, il en résulte que cet *Imam* ne peut user de son droit de désignation qu'au profit d'une personne, non seulement vivante au moment de sa mort, mais déjà pubère à cette époque. Et, c'est là une constatation qui a son importance lorsque le *Khalife* en fonctions désigne non seulement son successeur, mais, aussi, les successeurs de ce dernier.

5° *Le Khalife a la charge des intérêts spirituels et temporels de la Communauté.* — « Le *khalife*, dit, en effet, Ibn Khaldoun, remplace le législateur en ce qui regarde le maintien de la religion et le gouvernement du monde. Le législateur étant chargé de faire respecter les obligations imposées par la loi et de porter les hommes à s'y soumettre, exerce nécessairement l'autorité spirituelle ; obligé de veiller au bien de la société, il exerce également l'autorité temporelle » [3].

6° *Le Khalife est investi de tous droits et pouvoirs à l'effet d'assurer la sauvegarde des intérêts spirituels et temporels de la Communauté musulmane ; en principe, ces droits sont absolus et ces pouvoirs illimités ; ils ne sont tels, toutefois, que dans la mesure où leur exercice tend à sauvegarder les intérêts spirituels et temporels de la Communauté.* — L'*Imam* a le droit d'exiger de la Communauté musulmane une obéissance complète [4]. Seul, il a le droit de décider [5] ; et, à l'exécution de ses décisions la Communauté ne doit point opposer de résistance [6].

(1 et 2) El-Maouerdi, *op. cit.*, t. I, p. 135 et 136; trad. Fagnan, p. 18.

(3) *Op. cit.*, t. I, p. 444.

(4) El-Maouerdi, *op. cit.*, t. I, p. 168 et 169; trad. Fagnan, p. 33.

(5) *Eod. loc.*, p. 159; trad. Fagnan, p. 29.

(6) *Eod. loc.*, Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 424.

Mais, ainsi que l'a très bien montré *Ostrorog* (1), le droit de l'*Imam* est une *oualaïat* et non une *rouboubïat ;* ce droit n'a rien de commun avec celui qui appartient au maître sur la personne de son esclave et que le maître est libre de n'exercer que dans son intérêt exclusif ; c'est un droit de protection qui n'est reconnu à son titulaire que pour lui permettre d'assurer la protection de celui sur qui il s'exerce.

Aussi, si, en principe, l'*Imam* peut exiger de la Communauté musulmane une obéissance absolue, ne doit-il rien exiger d'elle qui ne soit conforme aux intérêts de cette Communauté. « L'essentiel de l'*imamat*, dit, en effet, Ibn Khaldoun, est de veiller au bien temporel et spirituel de la Communauté. L'*Imam* est le patron et le syndic de tous les musulmans, le gardien de leurs intérêts pendant sa vie, et même après sa mort ; car il leur désigne une personne qui doit diriger leurs affaires avec autant de soin qu'il en avait mis lui-même » (2).

Et, l'on s'explique d'autant mieux qu'il en soit ainsi, que si l'*Imam* a droit à l'obéissance complète de la Communauté musulmane, c'est en vertu de l'*engagement pris par cette Communauté de ne lui résister en aucune manière* (3), et que les pouvoirs que l'*Imam* a sur la communauté musulmane, c'est d'un abandon (4) consenti par celle-ci, qu'il les tient.

7° *Les pouvoirs qui appartiennent au Khalife, même les pouvoirs spirituels, peuvent être délégués.* — Le *Khalife* a tous les pouvoirs, spirituels et temporels ; mais il est matériellement impossible qu'il les exerce directement et en personne ; aussi lui est-il permis de les exercer par mandataire (5), de les déléguer (6), — de désigner un *vizir d'exécution* ne pouvant agir « que dans la voie tracée par la décision du calife et suivant le plan arrêté par lui » (7), — et même, un *vizir de délégation*

(1) *Op. cit.*, p. 78 et 169, note 1.
(2) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 426.
(3) Cf. Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 424.
(4) Cf. El-Maouerdi, *op. cit.*, t. I, p. 159.
(5) El-Maouerdi, *op. cit.*, t. I, p. 213 ; trad. Fagnan, p. 51.
(6) *Eod. loc.*, p. 193 et 198.
(7) *Eod. loc.*, p. 213.

« ayant compétence pour diriger les affaires suivant sa propre appréciation et les conclure d'après l'opinion qu'il s'en est formée »[1].

La délégation est possible, non seulement pour les pouvoirs que le *Khalife* tient de son titre de *Sultan*, pour les pouvoirs temporels, — mais, même, pour les pouvoirs que le *Khalife* tient de sa qualité d'*Imam*, pour les pouvoirs spirituels. La preuve en est dans ce fait que le Prophète chargea *Abou Bekr* de le remplacer comme président de la prière[2].

La délégation peut être *spéciale* ; mais elle peut, aussi, être *générale* ; dans ce dernier cas, « tout ce que le calife peut valablement faire, le Vizir le peut faire valablement »[3]. Toutefois, à la différence du *Khalife*, le Vizir ne peut ni se désigner un successeur, ni résigner ses fonctions, ni révoquer un fonctionnaire nommé par le *Khalife*[4].— D'autre part, même générale, la délégation ne constitue pas une abdication ; le devoir du *Khalife* est de surveiller son Vizir, de même que le devoir du Vizir est de prendre conseil du *Khalife* et de lui rendre des comptes[5] ; et le *Khalife* pourrait révoquer les actes de son Vizir, ou rapporter ses décisions, à moins, toutefois, qu'il ne s'agisse d'un acte qui, accompli par le *Khalife* lui-même, ne pourrait être révoqué par lui, ou d'une décision, telle qu'une décision judiciaire régulièrement rendue, que le *Khalife*, après l'avoir prise, ne pourrait rapporter[6].

Enfin, la délégation, même générale, survit au décès du *Khalife*, lorsqu'elle a été donnée, non point au nom du *Khalife* et avec concession de pouvoirs personnels à ce dernier, mais au nom de la Communauté musulmane et avec concession de pouvoirs appartenant à cette Communauté[7].

---

(1) *Eod. loc.*, p. 197.

(2) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 445.

(3) El-Maouerdi, *op. cit.*, t. I, p. 209 et 210; trad. Fagnan, p. 49.

(4) *Eod. loc.*

(5) *Eod. loc.*, p. 208 et 209.

(6) *Eod. loc.*, p. 210 et 211.

(7) *Eod. loc.*, p. 238 et 239 ; trad. Fagnan, p. 62 et 63.

8° *Le Khalife ou Imam peut toujours exiger de la nation qu'elle le relève de ses fonctions, mais il ne peut être destitué que pour des causes limitativement déterminées par la loi.*

« Le calife, dit *El Maouerdi*, peut se faire relever de ses fonctions par la nation » [1].

Mais la nation n'a pas le droit d'exiger du *Khalife* qu'il la délie des obligations dont elle est tenue vis-à-vis de lui. Elle ne peut se considérer comme libérée de ses obligations que lorsque celui-ci vient à subir « *une altération d'état* » [2] telle qu'il cesse de satisfaire à toutes les conditions de capacité requises de celui qui exerce le pouvoir souverain.

Nous n'entrerons point dans le détail des controverses qui se sont élevées sur le point de savoir ce qui constitue « une altération d'état ». Nous renvoyons, sur ce point, aux renseignements très circonstanciés qui nous sont fournis par *El Maouerdi* [3], nous bornant à constater que l'altération d'état peut résulter, soit d'une lésion morale faisant perdre au *Khalife* la qualité du juste, soit d'une lésion physique se manifestant par des défauts, ou des sens, ou des membres, ou de liberté d'action [4].

Mais, au cas d'*altération d'état*, la déchéance du khalife est-elle encourue de plein droit, ou doit-elle être prononcée ? — Dans l'opinion la plus généralement reçue, il appartient à la nation de constater l'*altération d'état* et de proclamer la déchéance du khalife [5]. Étant donné que le fait constitutif de l'*altération d'état* peut demeurer longtemps ignoré ou n'être connu que de quelques-uns, et que de nombreuses controverses se sont élevées sur le point de savoir ce qui constitue l'*altération d'état,* c'est là, pratiquement, la seule solution défendable.

La nation, d'ailleurs, n'est point tenue de prononcer la dé-

(1) El Maouerdi, *op. cit.*, t. I, p. 210.

(2) *Eod. loc.*, p. 170 et note 1.

(3) *Op. cit.*, t. I, p. 171 et suiv. ; trad. Fagnan, p. 33.

(4) *Eod. loc.*, t. I, p. 170, 171 et 177. — Cf. Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 393 et suiv.

(5) Ostrorog, *op. cit.*, t. I, p. 174, note.

chéance, encore que l'*altération d'état* serait certaine. La déchéance n'est, pour elle, que facultative ; et elle peut, si elle estime que l'intérêt public l'exige, maintenir, quoiqu'indigne ou incapable, le *Khalife* en fonctions (1).

66. — Telles sont, brièvement résumées, les données essentielles de la théorie orthodoxe du *khalifat* ou de l'*imamat*, telles qu'elles se dégagent des écrits des grands docteurs de l'Islam, — du traité des *Statuts gouvernementaux* d'*El Maouerdi*, notamment.

Or, il y a beau temps que les faits ont cessé d'être conformes à la théorie.

De très bonne heure, en effet, les souverains musulmans, malgré que le titre de *khalife* leur ait été maintenu, de même que celui d'*imam*, ont cessé d'être considérés comme les successeurs spirituels du Prophète, comme « les successeurs guidés par Dieu » (2). Seuls, les quatre premiers khalifes (3) ont uni le pouvoir spirituel au pouvoir temporel ; ils ont été les khalifes par excellence (4). Lorsqu'avec les *Oméïades*, le siège du gouvernement est transféré à Damas, les '*oulamas* des villes saintes, c'est-à-dire les lettrés, les théologiens, revendiquent la direction des affaires religieuses et se refusent à voir, dans la domination des *Oméïades*, autre chose qu'un état de fait basé sur la tyrannie et la violence, invoquant cette parole du Prophète : « Après moi, le khalifat sera de trente ans. Après ce terme, il n'y aura que des puissances établies par la force, l'usurpation, la tyrannie » (5). — Les *Oméïades* pourront obtenir par la force que

(1) *Eod. loc.*

(2) Snouck-Hurgronje ; *Quest. dipl. et col.*, 15 juillet 1901, p. 76 et 77.

(3) *Abou Bekr, Omar, Osman* et *Ali*. Si les partisans d'*Ali*, les *Chiites*, qui prétendaient que le *Khalife* ne pouvait être que de la descendance d'*Ali*, sont tenus pour hérétiques par les Orthodoxes, il n'en est pas moins vrai que les Orthodoxes considèrent qu'*Ali* a légitimement détenu et exercé le pouvoir souverain. Cf. Ibn Khaldoun, *Prolégomènes*, trad. de Slane, t. I, p. 414 à 418. Il est même des historiens orthodoxes qui reconnaissent la qualité de khalife orthodoxe à l'aîné des fils d'*Ali*, *Al Hasan*. — Cf. Makrizi, *Histoire d'Egypte*, trad. Blochet, p. 66.

(4) Snouck-Hurgronje ; *loc. cit.*, p. 76.

(5) Cf. Rinn, *Marabouts et Khouan*, p. 143, note 4. — Makrizi, *Histoire d'Egypte,* trad. Blochet, p. 66.

les titres de *khalife* et d'*émir el-moumenin* leur soient donnés ; ils devront, cependant, se résigner « à laisser entre les mains des successeurs de la vieille garde une bonne partie de la direction des affaires religieuses. Ainsi se faisait une séparation des pouvoirs qui d'abord avait été étrangère à l'Islam » [1], qui demeurera définitive et qui trouvera même, plus tard, sa consécration officielle dans l'institution du *Cheikh-el-Islam*, appelé à certifier que les règlements élaborés par le souverain n'ont rien de contraire aux prescriptions fondamentales de la loi religieuse [2].

D'autre part, de très bonne heure, aussi, la Communauté musulmane, qui aurait dû demeurer sous l'autorité d'un *khalife* unique, se désagrège et se morcelle. A la Mecque, par exemple, le khalifat d'*Abdallah ibn Zobéir* s'oppose un instant à celui des *Oméïades* de Damas [3]. — Sous les *Abbassides*, le khalifat oméïade d'Espagne s'oppose à celui de Baghdad. — Puis surgit un khalifat fatimite en Egypte ; —et, en 1034, de notre ère, le *Chérif* de la Mecque qui gouvernait le *Hedjaz* pour le compte des *Abbassides*, se déclare indépendant, et l'indépendance de ces *Cheurfas*, complète, absolue, a subsisté jusqu'en 1517.

Puis, en même temps que se poursuit la sécularisation du khalifat et à mesure que le rôle du *Khalife* tend de plus en plus à se limiter à l'exercice du pouvoir temporel, le caractère de ce pouvoir temporel évolue et se transforme. Simple tuteur, à l'origine, de la Communauté musulmane, ayant tous pouvoirs pour assurer la sauvegarde des intérêts de cette Communauté, mais ne devant user de ces pouvoirs que pour cette sauvegarde, ayant le devoir de gouverner comme un tuteur intègre gère les biens de ses pupilles, — le *Khalife* tend à devenir un souverain absolu, un tyran, un despote [4].

---

(1) Snouck-Hurgronje, *loc. cit.*, p. 77.

(2) *Eod. loc.*, p. 81.

(3) Cf. Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 442 et 443.

(4) On a attribué, quelquefois, à des influences persanes, cette transformation. La conception persane du pouvoir l'aurait emporté sur la conception purement arabe. En réalité, cette transformation était fatale. Ainsi que l'a constaté Michaux-Bellaire, « l'obligation de conquérir les infidèles, pour les

Enfin, de très bonne heure, également, on cesse d'appliquer les règles édictées par la loi touchant la transmission du pouvoir souverain et la désignation du *Khalife*. La famille du *Khalife* en arrive à considérer le pouvoir souverain comme son patrimoine [(1)] et « le khalifat électif devient une monarchie héréditaire [(2)] ». Et, non seulement l'on cesse d'appliquer les règles édictées par la loi touchant la transmission du pouvoir souverain, mais l'on cesse, également, d'exiger de celui qui, en fait, l'exerce, qu'il satisfasse personnellement aux conditions de

---

convertir ou pour les soumettre et augmenter les ressources de la communauté obligée à de nouvelles dépenses, devait aboutir à la doctrine de l'impérialisme, à la constitution d'une autorité tyrannique ». (*Rev. du M. Mus.*, juillet-août 1910, p. 398.

(1) Snouck-Hurgronje ; *loc. cit.*, p. 77.

(2) Khairallah, *La Syrie*, R. du M. Mus., juin 1912. — En Turquie, par exemple, le khalifat appartient de droit « à l'aîné des princes de la dynastie d'Osman » (art. 3 de la Constitution ottomane : Cf. Robert Doucet. *Rev. du dr. pub. et de la Sc. pol.*, juillet-août-septembre 1908). — Mais le principe héréditaire avait triomphé bien avant la fondation de cette dynastie. *Mouaouïa*, le fondateur de la dynastie des *Oméïades*, avait réussi à le faire admettre ; et le principe fut, en général, respecté par la suite, « de 680 à 1617, au profit du *fils aîné* du calife, et, de 1617 à nos jours, au profit du *frère aîné* » (Cf. Bitar, *Le califat et la guerre*, Mercure de France, 16 octobre 1916, p. 637). — C'est là ce qu'a constaté et s'est efforcé de justifier *Ibn Khaldoun* : « Après Mouaouïa, d'autres khalifes pleins de droiture agirent de la même manière. Tels furent Abd el Malek et Soleïman, les Oméïades ; Es Seffah, El Mansour, El Mehdi et Er-Rechid, de la famille des Abbacides, et d'autres encore dont on connaît la probité et le zèle pour le bien des Musulmans. On ne doit pas leur faire un reproche d'avoir quitté la voie tracée par les quatre premiers khalifes et d'avoir légué l'autorité à leurs fils ou à leurs frères. Ils ne se trouvaient pas dans les mêmes conditions que les anciens khalifes ; au temps de ceux-ci l'esprit de la souveraineté ne s'était pas encore montré ; l'influence de la religion retenait tout le monde dans le devoir, et chacun portait un moniteur dans son cœur ; aussi laissèrent-ils l'autorité à celui qui convenait le mieux pour les intérêts de la religion, et ils renvoyèrent les ambitieux au contrôle de leur propre conscience. Mais à partir de Mouaouïa, l'esprit de corps tendit vers la monarchie, terme où sa marche doit toujours aboutir ; l'influence répressive de la religion s'était affaiblie, et l'on avait besoin d'un souverain et d'un fort parti pour contenir le peuple... Les générations changent de caractère selon les changements qui ont lieu dans les tribus et dans les partis politiques, et cela influe sur le choix des moyens qu'on doit employer pour maintenir la prospérité de la nation. Pour chaque fin il y a un moyen, grâce à la bonté de Dieu envers ses serviteurs. Si l'imam désigne son serviteur avec l'intention de rendre le pouvoir héréditaire dans sa famille, il agit par un motif qui ne concerne pas la religion ; au reste, l'autorité vient de Dieu et il l'accorde à qui il veut. En ce cas, nous devons juger la conduite du khalife aussi favorablement que possible, afin de ne pas compromettre la dignité d'une institution religieuse » (Ibn Khaldoun, *Prolegomènes* ; trad. de Slane, t. I, p. 428 et 429).

capacité requises et, notamment, qu'il soit de la tribu de *K'oréich*. En somme, il n'est bientôt plus d'autre loi que celle du plus fort, au point qu'*En-Naouaoui* pourra écrire que l'*imamat* « se défère : 1° par l'élection ; 2° par la désignation ; 3° *par le droit du plus fort*... (même si le souverain) *ne possède point* (les qualités requises) *et même s'il est d'une inconduite notoire ou un individu ignorant* » (1) ; — et, pour justifier d'aussi graves dérogations à la loi, on se bornera à invoquer la *nécessité* et à dire que « la nécessité donne la qualité de permises à des choses défendues en principe » (2). — Quant à la *nation*, elle n'a plus, en réalité, de pouvoir de décision ; tout au plus, peut-on dire qu'elle est *consultée* dans la personne des *'Oulama* (3) ou du *Cheikh el-islam* ; encore ne l'est-elle, la plupart du temps, qu'après coup, pour ratifier un nouvel état de fait, approuver la déposition, quelquefois violente, du souverain et la prise de possession du pouvoir par son successeur ; en un mot, pour donner un caractère de légalité à un coup de force accompli et en dissimuler la brutalité (4).

67. — Ainsi les Musulmans se sont familiarisés peu à peu avec l'idée de la séparation des pouvoirs spirituel et temporel, avec cette idée que la puissance politique n'implique pas la puissance religieuse et que le chef politique n'est pas nécessairement le chef religieux (5) ; et avec cette autre idée que l'unité religieuse n'implique pas nécessairement l'unité politique et que si les croyants sont tous frères, ils restent frères tout en

---

(1) *Op. cit.*, t. III, p. 202 et 203.

(2) Ostrorog, *op. cit.*, t. I, p. 47 et 157, note.

(3) Cf. Proclamation de la déchéance de *Moulay Abd el Aziz* et de la reconnaissance de *Moulay Abd el Hafid* par les *Oulèma* de Fez. — *Rev. M. Mus.*, juillet 1908, p. 432. — Augustin Bernard, *Le Maroc*, p. 241 et 242.

(4) Il est à noter, cependant qu'*Abd-ul-Hamîd* a été déposé par une décision de l'Assemblée nationale en date du 27 avril 1909, et que la *fétoua* du *Cheikh el islam* approuvant, soit l'abdication, soit la déposition du Sultan, a précédé cette décision.

(5) Quelque chose, cependant, de la conception primitive, subsistera toujours et se manifestera, notamment, par les efforts de certains Sultans détenant le pouvoir temporel pour s'associer certains personnages, qu'à raison de leur origine, réelle ou supposée, ils se plurent à considérer comme les dépositaires de l'autorité spirituelle qui n'avait appartenu qu'à *Mahomet* et à ses successeurs immédiats. C'est ainsi qu'en 1260, le sultan d'Égypte *Bibars*,

appartenant à des groupes politiques différents. Ils sont même allés jusqu'à admettre qu'un territoire ne cesse pas nécessairement d'être *terre d'Islam*, qu'il ne doit pas être nécessairement considéré comme territoire en état de guerre, uniquement parce qu'il est au pouvoir des infidèles, et qu'il n'est interdit aux Musulmans de demeurer sur ce territoire, que s'ils ne peuvent plus professer ouvertement leur religion (1).

L'on a prétendu, toutefois, il y a quelques années, que les Musulmans commençaient, un peu partout, à prendre conscience de la communauté de leurs intérêts et à se tendre les bras en vue d'une fraternisation plus intime (2). Et l'on a parlé d'un mouvement panislamique, qui aurait rallié toutes les communautés musulmanes éparses, même les communautés chiites, et qui aurait été, sinon provoqué, tout au moins exploité par le sultan *Abd ul-Hamid*, désireux de restaurer le khalifat unique à son profit.

On a discuté vivement, à l'époque, sur la réalité de ce mouvement, son véritable caractère, ainsi que sur l'importance du danger qu'il constituait pour les puissances européennes ayant des sujets musulmans ; et une vaste enquête a été ouverte, à ce sujet, par les *Questions diplomatiques et coloniales*, dont les résultats ont été publiés dans les numéros des 15 mai, 15 juillet, 1er août et 1er octobre 1901.

---

de la dynastie des Mamelouks circassiens, reçut, au Caire, un certain *Ahmad*, se disant oncle du dernier des *Abbassides*, « réunit une assemblée de nobles, le fit proclamer calife sous le nom d'*Al Moustansir Billah, et l'affecta à la religion seulement* », et que, en 1517, l'osmanli Sélim I, après avoir conquis l'Égypte, emmena avec lui à Stamboul, *Al Moutawakkil Ala'llah III*, 17e et dernier khalife des *Abbassides* du Caire et le força à lui céder, à lui ainsi qu'à ses descendants, « l'autorité religieuse qu'il détenait comme vicaire de Mahomet » (M. Y. Bitar, *Le Califat et la guerre* ; Mercure de France, 1er octobre 1916, p. 392 et 393).

(1) Léon Roches, *Trente-deux ans à travers l'Islam*, t. II, p. 13, 49 et 131. — Fétoua délivrée par les ulémas de Kairouan, approuvée par les ulémas du Caire et le midjelès de Taïf. — Depont et Coppolani, *Les confréries religieuses musulmanes*, p. 34 et 35 ; Fétoua obtenue des muphtis de La Mecque par M. Jules Cambon, à la suite du mouvement d'émigration en Syrie, qui s'était dessiné en 1893 parmi les indigènes de l'Algérie.

Sur la distinction du *Dar el Islam* et du *Dar el H'arb*, Cf. L. Massignon, *Introduction à l'étude des revendications islamiques* ; Rev. M. Mus., juin 1920, p. 17 et suiv.

(2) Cf. Vambéry, *Quest. dipl. et col.* 1er août 1901, p. 148.

Aujourd'hui, la réalité de ce mouvement ne peut plus être contestée. Il s'est, en effet, manifesté par des faits, et, notamment, par la création dans l'Inde d'une *Union des ulémas musulmans* pour l'apostolat islamique [1], — par l'annonce de la réunion d'un *Congrès musulman universel* [2], — et par l'élaboration d'un projet de *Parlement musulman international*, appelé à se réunir tous les ans à la Mecque pendant le mois du pèlerinage [3]. — La lecture de la presse musulmane ne laissait, d'ailleurs, aucun doute sur la réalité de ce mouvement .

Il n'est pas douteux, d'autre part, qu'à ce mouvement panislamique, les Musulmans chiites ne se soient ralliés [5]. C'est même un chiite persan, *Seyyid Djemal ed-dine el Afghani*, qui en aurait été le promoteur [6].

Enfin, il n'est pas contestable que le sultan *Abd ul-Hamid* ait favorisé la diffusion des doctrines panislamiques [7] et qu'il l'ait fait dans un but politique, avec l'arrière-pensée de se faire reconnaître par toutes les communautés musulmanes éparses, en attendant mieux, comme « une sorte de Saint-Père de

---

(1) Cette Union a fondé une université, créé une revue et tenu, en 1912, un congrès à Lucknow. « C'est le premier où l'on ait célébré aussi nettement le grand réveil musulman qui se dessine un peu partout, par réaction contre la politique trop envahissante de l'Europe dans les terres d'Islam » (*Rev. du M. Mus.*; juin 1912, p. 287).

(2) Cf. *Rev. M. Mus.*, janvier 1908, p. 100 et suiv., et fév. 1908, p. 399 et suiv.

(3 et 4) *Rev. M. Mus.*, mars 1909, p. 322. — On lit, également, dans la *Revue du Monde Musulman*, nº de mars 1914, p. 264 : « Le journal *Al Balagh* (Le Message), parlant de l'éveil du monde oriental, dit que ce mouvement général, encore trop faible aujourd'hui, ne tardera pas de prendre de vastes proportions et de s'étendre dans tout l'Islamisme. Il préconise, pour hâter cet évènement et créer un lien moral entre tous les Musulmans : 1° Organiser un centre islamique à la Mecque, commun à tous les Musulmans ; — 2° *Relever le prestige politique du Khalifat et lier avec lui toutes les nationalités islamiques* ; — 3° Activer le réveil de l'Islam par une propagande intense et envoyer, dans ce but, des représentants à l'époque du pèlerinage à la Mecque ; — 6° Créer un « *Trésor musulman » pour faire face aux dépenses de cette propagande* ». — V., en outre, *Rev. M. Mus.*, juin 1914, p. 387 et suiv.

(5) « L'idée d'une politique d'entente musulmane fait son chemin dans les milieux musulmans... De l'idée d'une politique basée sur la défense des nationalités musulmanes à celle d'une alliance effective entre les trois grands états musulmans indépendants de l'Asie, Turquie, Perse et Afghanistan, il n'y avait qu'un pas. Ce pas a été franchi ». (*Rev. M. Mus.*, février 1911, p. 384).

(6) Cf. *Rev. M. Mus.*, déc. 1912, p. 169.

(7) Cf. *Rev. M. Mus.*, décembre 1912, p. 169.

l'Église musulmane » [1]. C'est ainsi que, lorsque fut mis en avant le projet d'un *Congrès musulman universel*, *Abd ul-Hamid* offrit tout d'abord sa protection aux congressistes et ne la leur retira, par la suite, que parce qu'ils avaient choisi Le Caire comme lieu de réunion de leur Congrès [2].

Mais nous devons à la vérité, de reconnaître que les promoteurs de ce projet de congrès se sont efforcés de faire en sorte qu'on ne lui attribuât pas un caractère politique. Étaient-ils tout à fait sincères ? — N'était-ce pas plutôt diplomatie de leur part ? — Toujours est-il que les adhérents au projet de *Congrès musulman universel*, par exemple, se sont refusés à accepter le patronage compromettant d'*Abd ul-Hamid*, se sont déclarés « résolus à ne discuter que des questions d'organisation sociale et de progrès matériel et intellectuel » [3] et ont fait insérer, dans les statuts du congrès, un article 14 et un article 16 ainsi conçus : *art. 14.* — « Le devoir du congrès est l'examen des causes qui ont amené la décadence des Musulmans au point de vue social, et celui des hérésies qui se sont introduites dans la religion du Prophète. Il s'efforcera de faire disparaître les unes et les autres, en cherchant les moyens pour arriver à une renaissance ». Et, *art. 16.* — « Il n'est pas permis, dans les recherches et débats du congrès, d'aborder des questions politiques, quelles qu'elles soient » [4].

Au surplus, les révolutions politiques qui, en 1906 et en 1908, se sont accomplies en Perse [5], puis en Turquie [6], et la sécula-

---

(1) Il n'est pas sans intérêt de constater que certaines puissances européennes n'ont fait aucune difficulté pour reconnaître au sultan de Constantinople cette qualité, — l'Autriche-Hongrie, notamment, à la suite de l'annexion de la Bosnie-Herzégovine (Protocole du 26 février 1909, art. IV) et l'Italie, après l'annexion de la Tripolitaine et de la Cyrénaïque (X. X.. *Le Sultan ottoman et le Khalifat* ; Revue de Paris, 1er septembre 1916. p. 206 et suiv.).

(2) Cf. *Rev. M. Mus.*, janv. 1908, p. 106.

(3) *Rev. M. Mus.*, janv. 1908, p. 107

(4) *Rev. M. Mus.*, février 1908, p. 401.

(5) Cf. A.-L.M. Nicolas, *En Perse* : *La Constitution*, Rev. M. Mus., novembre 1909, p. 86 et suiv. — Bouvat, *Sur le mouvement des idées en Perse*, eod. loc., p. 115 et suiv.

(6) Cf. La révolution en Turquie ; *Rev. M. Mus.*, août 1908, p. 718 et suiv. — Robert Doucet, *La Constitution ottomane*, Revue du droit public et de la science politique, juillet-août-septembre 1908.

risation des institutions qu'elles paraissaient annoncer, auraient dû, semble-t-il, consommer la ruine de la politique panislamique théocratique d'*Abd ul-Hamid*. — En fait, il n'en a rien été.

Tout d'abord, en effet, la sécularisation n'a été qu'apparente. En Perse, par exemple, les '*Oulama* et les gens de mosquée, tenant pour des usurpateurs les *Kadjars* qui ont renversé la dynastie des *Séfévis*, lesquels auraient imposé le chiisme à la Perse [1], ont compté, tout d'abord, parmi les plus chauds partisans du mouvement révolutionnaire, et ont entrepris de démontrer que le régime parlementaire n'avait rien que de conforme à la loi coranique, invoquant les versets 34, 35 et 36 du chapitre XLII dn Coran, ainsi conçus : « ... Ce que Dieu tient en réserve vaut mieux et est plus durable aux yeux de ceux qui croient et mettent leur confiance en Dieu, — qui évitent les grands péchés et l'impudicité; qui, emportés par la colère, savent pardonner ; — qui obéissent à leur Seigneur; s'acquittent de la prière ; *qui décident de leurs affaires communes en se consultant*... » [2]. — Et, en Turquie, les réformes réalisées n'ont point entraîné la disparition de l'institution du *Cheikh-el-islamat* et les *Jeunes-Turcs* n'ont pu se maintenir au pouvoir qu'à la condition de respecter, en apparence tout au moins, la subordination traditionnelle du pouvoir politique au pouvoir religieux.

D'autre part, les *Jeunes-Turcs* ne rompirent nullement avec la politique panislamique d'*Abd ul-Hamid*. Il semble même, qu'à ce point de vue, ils aient, à un moment donné, dans le nord de l'Afrique, tout au moins, déployé une activité plus grande [3].

---

(1) *Rev. M. Mus.*, fév. 1911, p. 313 et 314.

(2) Cf. *Rev. M. Mus.*, novembre 1906, p. 115. — On a prétendu que ces versets avaient été interprétés en vue de légitimer l'assemblée élective constituée par *Omar* pour porter *Otsmân* au khalifat et empêcher l'élection d'*Ali* par les Médinois. — Cf. Casanova, *op. cit.*, t. I, fasc. 2, p. 151.

(3) « Les jeunes Tunisiens... déclarent qu'ils resteront toujours avant tout des ottomans... — Habib bey a prononcé (à Constantinople) un discours dans lequel il a dit que les Algériens et les Tunisiens sont et resteront toujours des ottomans » (La colonisation française en Tunisie ; *Le Correspondant*, 10 mai 1911, p. 459).

« Pour la Tunisie, le *Jeune-Turc* du 1er mars 1911 nous apprend que l'avocat *Bach Hamba*, directeur du journal publié en français à Tunis, le *Tunisien*,

68. — Ces projets étaient-ils réalisables et devions-nous, en France, en concevoir quelque inquiétude ?

Il est à remarquer, tout d'abord, que les prétentions du Sultan de Constantinople aux titres de *khalife* et d'*imam*, de chef suprême et unique de la Communauté musulmane, ne sont pas défendables (1). Le Sultan de Constantinople, en effet, n'est point de la descendance de Mahomet ; il n'est, ni de sa famille, ni de sa tribu ; il n'est même pas de race arabe, et il ne peut, pour justifier ses prétentions, qu'invoquer une cession qu'en 1517, au Caire, un descendant des khalifes Abbassides aurait consentie de ses droits à l'un de ses ancêtres, *Sélim I*. Et, autrement sérieux, à ce point de vue, sont les titres du Sultan du Maroc, qui passe pour *Chérif*, c'est-à-dire descendant du Prophète par sa fille *Fathma*, qui n'a jamais reconnu la suzeraineté des sultans ottomans (2)

---

déclare franchement que tous les Tunisiens sont turcophiles et panislamistes. — Sur le même sujet, le *Jeune-Turc* avait déjà dit, le 23 février 1911 : « Le gouvernement ottoman n'ayant pas reconnu le traité du Bardo qui prévoit le protectorat de la France sur la Tunisie, tous les Tunisiens sont des ottomans à nos yeux ». — Pour l'Algérie, le *Jeune-Turc* du même jour constatait : « Quant aux Algériens, ces derniers ont toujours continué à être considérés comme sujets ottomans, la Turquie n'ayant jamais reconnu l'annexion de l'Algérie à la France, bien que celle-ci se soit emparée du pays. — En ce qui concerne le Maroc, dans le même numéro du même journal, on trouve : « Quant au Maroc, c'est un pays indépendant et aucun gouvernement étranger n'a le droit de protection des Marocains en Turquie » (Chéradame, *La France et l'empire ottoman*, Le Correspondant, 10 avril 1911. — Cf. Chéradame, *La question albanaise* ; Le Correspondant, 25 juin 1912, p. 1171).

« Les tendances panislamistes se font jour : le *Mouchir* du 5 février, sous le titre *le Khalifat ottoman*, revendique pour le sultan et la nation turque l'hégémonie de l'Islam. — La Turquie est la plus avancée des puissances musulmanes, et la politique extérieure de tout Etat musulman devrait avoir pour point de ralliement Constautinople. — Dans le même numéro, on lit le texte d'un accord entre Sonnites et Chiites, pour maintenir l'unité et l'intégrité islamiques » (*Rev. M. Mus.*, mars 1911, p. 550).

(1) Cf. *Rev. Monde musulm.*, — 1917-1918 ; t. XXXIV ; *Khalifat musulman et khalifat ottoman* ; p. 344 et suiv. — Mohammed Skiredj ; *Consultation marocaine sur la question du khalifat*, p. 139 et suiv.

(2) Au XVIIIe siècle de notre ère, les Sultans de Fez ont bien témoigné d'une certaine déférence à l'égard des Sultans de Constantinople ; mais il s'agissait simplement, pour le Sultan de Fez en guerre avec les Turcs d'Alger qui s'étaient rendus indépendants de la Porte, d'exploiter, contre la Régence, le ressentiment des Turcs et de s'assurer l'assistance de ces derniers. Mais, à aucun moment, les Sultans de Fez ne se sont reconnus les vassaux du Grand Turc. — Cf. Barbier de Meynard, *Une ambassade marocaine à*

et qui d'ailleurs, reconnaît aux *Cheurfa* d'Ouazzan une noblesse religieuse supérieure à la sienne [1].

Ce ne sont là, il est vrai, qu'obstacles juridiques, et l'on a pu voir, par les développements qui précèdent, qu'en pareille matière, ces obstacles n'ont jamais été insurmontables.

Mais, ainsi que le montrent les faits, les alliances entre puissances musulmanes ne sont jamais redoutables, parce qu' « une puissance musulmane ne peut être en accord permanent avec une autre puissance musulmane, à moins d'un péril grave, urgent et imprévu » [2].

D'autre part, la Turquie vint à subir, en 1912-1913, de graves défaites. Il lui fallut, alors, songer à panser ses blessures et renoncer, provisoirement tout au moins, à toute politique impérialiste.

Enfin, les *Jeunes Turcs*, arrivés au pouvoir, ne se sont pas bornés à faire du panislamisme comme *Abd ul-Hamid* ; comme lui, aussi, ils ont fait du *panturquisme* ; ils ont vite renoncé à l'*ottomanisme* [3], c'est-à-dire à la politique de concorde et d'union entre les différentes nationalités de l'Empire, pour reprendre la politique du *nationalisme turc*, qui tend à subordonner, dans l'empire, à l'élément turc, tous les autres éléments, même musulmans [4]. — Et, de même que, sous le règne d'*Abd ul-Hamid*, la politique de *panturquisme* avait provoqué au sein de l'empire, en Syrie, en Arabie [5], notamment, l'éveil des nationalités et fait germer des tendances séparatistes, la reprise de cette politique par les *Jeunes Turcs*, fit surgir les revendications nationalistes et les réclamations d'autonomie, voire même des

Constantinople ; — *Rev. de Mélanges orientaux*, 1905. — Cf. Consultation des Oulama de Marrakech ; — Réponses à des questions d'ordre politique soumises à M. le Résident général, par Abd el Haqq el Kittani ; — Opinion de Ahmed ben El-Mouazz ; — Opinion de Bou Chaïb Doukkali ; — Opinions de Si Larabi Naciri et de Si Mohammed Rounda, — dans *Rev. Monde Mulsulm.*, décembre 1914, p. 313 et suiv.

(1) René Pinon, *Les événements du Maroc*, Rev. des 2 Mondes ; — 1er mars 1903, p. 155 et 156.

(2) Enrico Insabato ; *op. cit.* ; Introduction, p. XIV.

(3) *Rev. Monde Musulm.*, décembre 1912, p. 165 et suiv.

(4) *Eod. loc.*, p. 174 et suiv.

(5) Cf. Negib Azoury ; *Le réveil de la Nation arabe dans l'Asie turque.*

projets de sécession [1]. Un instant, il est vrai, la guerre balkanique de 1912 eut pour résultat de resserrer les liens entre Turcs et Arabes [2]; mais, cette manifestation de loyalisme n'impliquait pas que les Syriens et les Arabes fussent disposés à être dupes. Ils n'avaient nullement renoncé à faire triompher les droits de l'élément arabe [3], et tout faisait prévoir qu'une fois les affaires balkaniques réglées, la question Arabo-Syrienne se poserait de nouveau [4].

Le péril panislamique semblait donc, dès ce moment, pour longtemps conjuré.

69. — Tel était l'état de cette question de la restauration du *khalifat* unique, au profit du Sultan de Stamboul, à la veille du jour où commença la guerre qui, pendant plus de quatre années, devait ensanglanter l'Europe.

Or, le 19 décembre 1914, l'Angleterre proclamait son protectorat sur l'Égypte, prononçait la déchéance du khédive *Abbas-Himli* et intronisait comme Sultan d'Égypte, *Hosséïn Kamel*, à qui succédait peu de temps après le prince *Fouad*. — Le 9 juin 1916, le grand Chérif de la Mecque, l'émir *Hosséïn*, appuyé par les tribus de l'Ouest et du centre de la presqu'île, proclamait l'indépendance des Arabes vis-à-vis des Turcs. — Puis, ce fut la victoire de l'*Entente* et la signature du traité de *Sèvres*. — Et si considérables que puissent être les amendements qui seront apportés à ce traité, la Turquie sortira de la tourmente tellement réduite et affaiblie qu'on ne conçoit guère que les Sultans Ottomans puissent, dorénavant, sérieusement prétendre à l'exercice d'une suzeraineté effective sur les Musulmans du monde entier.

Mais certains publicistes Européens qui voient surtout dans

---

(1) X. *Les courants politiques dans le milieu arabe, Rev. Monde Musulm.*, décembre 1913, p. 270.

(2) *Rev. Monde Musulm.*, décembre 1913, p. 350.

(3) Cf. déclarations faites à un rédacteur du journal *Le Temps* par un membre du Congrès Arabe-Syrien qui s'est tenu à Paris en juin 1913. — *Le Temps* du 10 juin 1913.

(4) X., *Les courants politiques dans le milieu arabe, Rev. Monde Musul.* décembre 1913, p. 278.

le *Khalife*, même à l'époque actuelle, « une sorte de pontife-roi, révélateur des dogmes, intermédiaire entre la divinité et les fidèles », « une sorte de Saint-Père de l'Église musulmane », attribuant ainsi à sa fonction un caractère qu'elle n'a eu qu'aux premières années de l'Hégire, et s'imaginant, qu'aujourd'hui encore, les Communautés musulmanes éparses ne peuvent vivre sans qu'existe un khalife *unique*, vers lequel, au moment de la prière, se porte la pensée de tous les Musulmans, — se sont préoccupés de l'attribution du *khalifat* et se sont posé la question de savoir quel souverain musulman avait, à l'heure actuelle, qualité pour relever le titre de *khalife* (1).

Or, il nous paraît que poser une telle question, c'est commettre un véritable anachronisme, puisque cette qualité de *Pontife Suprême*, elle n'a appartenu qu'aux quatre premiers *khalifes*, aux *quatre successeurs guidés par Dieu*, — et que, depuis des siècles, il est, dans le monde musulman, plusieurs *khalifes*, au nom de qui, simultanément, se fait la *khotbat* le vendredi (2). — Au surplus, il n'est pas de l'intérêt des puissances européennes qu'une telle question soit posée, car il semble bien que leur intérêt soit « de détourner par tous les moyens leurs sujets musulmans de l'idée qu'ils sont membres d'une société composée de leurs coreligionnaires de tous les pays et exclusive de tout particularisme national ; de s'efforcer de leur inculquer le sentiment et la notion de la patrie territoriale (3) ».

70. — *Théorie kharidjite*. — Si les premiers *Kharidjites* ont

---

(1) Cf. XX., *Le Sultan Ottoman et le Khalifat;* Revue de Paris ; 1er septembre 1916, p. 206 et suiv. — M. Y. Bitar, *Le Califat et la guerre ;* Mercure de France, 1er octobre 1916, p. 386 et suiv. ; 16 octobre 1916, p. 625 et suiv.

(2) M. Y. Bitar, *op. cit.*, Mercure de France, 1er octobre 1916, p. 386 et 387. — Gaudefroy-Demombynes, *Les institutions musulmanes*, p. 137 et 138.

(3) XX., *Le Sultan Ottoman et le Khalifat,* Revue de Paris, 1er septembre 1916, p. 224. — Dans tous les cas, les Marocains ne paraissent pas disposés à admettre la suprématie d'un khalife auquel serait subordonné leur sultan. « L'indépendance du Chérif de la Mecque, disent-ils, n'a rien à voir avec notre khilafa » Consultation Marocaine sur la question du khilafa ; *Rev. Monde Musulm.*, t. XXXIV, p. 141 et suiv.

tenu *Osman* pour excommunié [1] et s'ils sont *sortis* contre *Ali*, il n'en est pas moins vrai qu'ils les ont considérés tout d'abord comme régulièrement investis du *khalifat*, de même qu'*Abou Bekr* et *Omar* [2]. Les termes dans lesquels leurs livres parlent de ces deux derniers, notamment, ne sauraient laisser place au doute sur ce point [3], En sorte que, sur la question des modes de transmission du *khalifat*, les doctrines kharidjites concordent sensiblement avec celles des Orthodoxes.

Mais elles s'en séparent sur les points suivants :

1° Tandis que, pour les Orthodoxes, on l'a vu [4], l'existence d'un *Khalife* est toujours d'*obligation*, — pour les *Kharidjites*, cette existence n'est pas toujours obligatoire, et il est des cas dans lesquels elle est simplement *permise* [5].

Les *Kharidjites* et les *Abadhites*, en particulier, considèrent, en effet, qu'il est, pour eux, quatre *états* ou *voies* possibles : l'*état de gloire*, l'*état de résistance*, l'*état de dévouement* et l'*état de secret* [6]. — L'*état de gloire* est celui de la secte triomphante ; — l'*état de résistance* est celui de la secte luttant pour entrer ou se maintenir dans l'*état de gloire* ; — l'*état de secret* est celui de la secte réduite aux abois. — Quant à l'*état de dévouement*, il paraît avoir été spécial à un groupe d'*Abadhites* particulièrement fervents, constituant un groupe de *dévoués*, chargés de mener sans cesse leurs frères au combat et qui, alors que la secte était à l'*état de secret*, fomentaient des insurrections et entretenaient une agitation constante. — En sorte que, pour l'ensemble des membres de la Communauté *abadhite*, il n'est, en réalité, que trois états possibles : l'*état de gloire*, celui de *résistance* et celui de *secret*.

Dans l'*état de gloire*, de même que dans celui de *résistance*, la

---

(1) Zeys, *op. cit.*, p. 39. — Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 49.

(2) Cf. Rinn, *Marabouts et Khouan*, p. 22.

(3) Cf. Masqueray, *Chronique d'Abou Zakaría*, p. 9, 12 et 17.

(4) V. *Sup.*, nº 65, 1°.

(5) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 389. — Ostrorog, *op. cit.*, t. I, p. 95.

(6) Masqueray, *op. cit.*, Introduction, p. XXII et suiv., et XXXVI et suiv. — Zeys, *op. cit.*, p. 15 et 44, note 2.

désignation d'un *imam* est *obligatoire*. — Mais, elle est simplement *permise* quand la secte est à l'*état de secret*. Et, il en est ainsi quand la résistance n'est plus possible sans compromettre la vie des femmes et des enfants [1].

Les *Abadhites* africains n'ont, à proprement parler, connu l'*état de gloire* que tant que se maintint à *Tiharet* la dynastie rostémide [2]. Mais ils se considèrent comme étant à l'*état de secret* depuis le jour où, vers l'année 909 de notre ère, *Tiharet* étant tombée aux mains des *Fatimites*, l'*Imam Yacoub* déclara impossible la reconstitution de l'imamat [3].

Lorsqu'en 1853, la confédération abadhite du *Mz'ab* fut placée sous le protectorat de la France, elle n'avait point d'*imam*. C'était une agglomération de petites communautés religieuses [4] dont chacune était administrée par trois *djema'âs* : la *h'alka't* des *'Azzaba*, la *djema'â* des *'Aouames* et la *djema'â* des *Mékaris*.

Les *Mékaris* étaient de simples agents d'exécution « chargés de la police générale, du maintien de l'ordre et de l'arrestation des malfaiteurs et gens de désordre [5] » et n'avaient d'autres pouvoirs que ceux que leur déléguaient, soit la *h'alk'at* des *'Azzaba*, c'est-à-dire des clercs, — soit la *djema'â* des *'Aouames*, c'est-à-dire des laïques, — lesquelles se partageaient, dans des proportions qui variaient avec les villes, le pouvoir qu'à l'origine, semble-t-il, les clercs avaient seuls détenu [6].

2° Tandis que, pour les Orthodoxes, le *Khalife* doit être *k'oréïchite*, les *Kharidjites* admettent, au contraire, que le *Khalife* puisse être choisi en dehors de la tribu de *K'oréïch* [7].

3° Enfin, si, dans la doctrine orthodoxe, la nation a le droit de déposer le *Khalife* qui a subi une *altération d'état*, mais n'est

---

(1) Rinn, *op. cit.*, p. 145.

(2) Zeys, *op. cit.*, p. 44.

(3) Masqueray, *op. cit.*, Introduction, p. LXXIV. — Rinn, *op. cit.*, p. 145.

(4) Masqueray, *op. cit.*, p. 313, note.

(5) De Motylinski, *Guerara depuis sa fondation*, p. 33.

(6) Cf. notre étude sur *les Kanouns du Mzab*, dans *Etudes de droit musulman algérien*, p. 423 et suiv.

(7) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 396. — Dozy, *op. cit.*, p. 212 et 213. — Ostrorog, *op. cit.*, p. 304, note 1.

point tenue de le faire, — dans la doctrine *kharidjite*, au contraire, « il est du *devoir* de la nation de se soulever contre le calife impie, de le renverser et de le tuer » [1].

71. — *Théories chiites.* — Les *Chiites*, avons-nous dit précédemment [2], ce sont ceux qui suivent *Ali*, ceux qui considèrent qu'il n'appartenait pas à la Nation de désigner le successeur du Prophète [3], que, seul, *Ali* avait qualité pour succéder à Mahomet, et que les successeurs d'*Ali* ne pouvaient être pris que dans sa descendance.

Mais, c'est peut-être là le seul point sur lequel les *Chiites* se soient mis d'accord. Et, dès qu'il s'est agi de justifier les droits d'*Ali* au khalifat, puis de décider comment, après lui, s'opérerait la désignation de ceux de ses descendants à qui devrait passer le khalifat, des divergences se sont produites.

Nous n'entrerons pas dans le détail de toutes ces controverses. Nous nous bornerons à renvoyer, en ce qui les concerne, aux ouvrages suivants : Ibn Khaldoun, *Prolégomènes*, trad. de Slane, t. I, p. 400 et suiv. — Dugat, *Histoire des philosophes et théologiens musulmans*, p. 29 et suiv. — Depont et Coppolani, *Les confréries religieuses musulmanes*, p. 39 et suiv.; — et nous ne parlerons avec quelques détails que : 1° de la théorie des *Duodécimains*, parce que c'est celle qui a prévalu en Perse et qui, de toutes les théories chiites de l'*imamat*, est celle qui groupe, à l'heure actuelle, le nombre d'adhérents le plus considérable ; — 2° de la théorie *ismaélienne*, parce que c'est à la secte ismaélienne que se rattachait la dynastie fatimite qui, pendant un certain temps, a dominé dans l'Afrique du Nord. La secte des *Duodécimains* et la secte *ismaélienne* ne sont, d'ailleurs, que deux branches d'une même secte, celle des *Imamiens* [4].

1° *Théorie des Duodécimains.* — Les Duodécimains sont ainsi

(1) Ostrorog, *op. cit.*, t. I, p. 175.

(2) V. *sup.*, n° 47.

(3) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 403. — Cf. Ostrorog, *op. cit.*, t. 1, p. 95 note 2 et p. 156, note.

(4) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 409.

nommés parce qu'ils reconnaissent la qualité d'*imam* à *Ali* et à onze de ses descendants, qui sont : *Hasan, Hoséïn, Zéïn el-'Abedin, Mohammed Bak'ir, Dj'afar Sadik, Mouça Kadh'em, Ali er-Ridha, Mohammed et-Tek'i, Ali el-Hadi, El Hasan El-'Askeri, Mohammed el-Mahdi* (1).

Ce dernier *imam*, *Mohammed el-Mahdi*, mourut assassiné sans laisser de postérité en l'an 878 de notre ère (264 de l'hégire). Mais ses fidèles se refusèrent à croire à sa mort. Privé, en fait, de la puissance, il se dissimulait, pensaient-ils (aussi l'appelèrent-ils l'*Imam caché*). Mais, pendant les soixante-dix ans qui suivirent sa disparition, il serait demeuré en communication avec ses fidèles par l'intermédiaire de quatre *naouab* (lieutenants) successifs, auxquels il se serait rendu visible. Puis, sur le point de mourir, « il serait apparu au dernier d'entre eux pour l'aviser qu'il n'aurait point de successeur. Ce fut la fin de la *petite absence*. La *grande absence* dure encore, jusqu'à ce que, les temps étant accomplis, certains signes réalisés, le dernier *imam* se réincarne parmi les hommes, afin de reprendre la manifestation prophétique interrompue » (1). Et ainsi, — l'*Imam el-Mahdi* (le bien dirigé) est devenu le *messie*, le *rédempteur* destiné « à remplir la terre de justice autant qu'elle est remplie d'iniquité » (2). Aussi l'appelle-t-on l'*Imam attendu* (3), le *Maître des Temps* (4), le *Maître de l'Heure* (5).

Et, l'on compte si bien, en Perse, sur le retour du *Mahdi* que Chardin raconte (6) qu'il existait à Ispahan « une écurie du

---

(1) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 410. — Aubin, *Le chiisme et la nationalité persane*, Rev. M. Mus., mars 1908, p. 460.

(1) Aubin, *loc. cit.*, p. 461.

(2) Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 45, note.

(3) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 410.

(4) Aubin, *op. cit.*, p. 461.

(5) Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 45, note.

(6) « Encore à présent, avait déjà constaté Ibn Khaldoun, ils attendent son arrivée, et, pour cette raison, ils le nomment *El-Monthader* (l'attendu). Tous les soirs, après la prière du *maghreb*, ils se rendent à l'entrée du souterrain (dans lequel il se serait réfugié et aurait disparu), amenant avec eux une monture, et là, se tenant debout, ils appellent l'imam par son nom et le prient de sortir. Quand les étoiles ont perdu leur éclat, ils se retirent, pour recommencer la même cérémonie le lendemain soir. Cette pratique s'est conservée jusqu'à nos jours » (*op. cit.*, trad. de Slane, t. I, p. 405).

Maître des temps » constituée en wakf à son intention par un roi Séfévi. « On tient là, nuit et jour, de beaux chevaux sellés et richement harnachés, dont il y a toujours deux bridés, afin que le khalife monte dessus, au moment qu'il paraîtra ». — Dans l'automne de 1906, quand fut inauguré le conseil national, les journaux de Téhéran tinrent à indiquer que le nouveau parlement de la Perse s'était ouvert « sous le regard du padischah et en présence du dernier Imam » (1).

2° *Théorie ismaélienne.* — Les *Ismaéliens* limitent à sept (2) le nombre des *imams*; et, jusqu'au sixième *imam*, la liste de leurs *imams* concorde avec celle des *Duodécimains*. Leur sixième imam est donc *Djafar Sadik*.

Mais *Djafar Sadik* eut deux fils : *Ismaël* et *Mouça Kadh'em*; et *Ismaël*, désigné comme son successeur, par *Djafar*, mourut avant ce dernier (3). — Puis, à la mort de *Djafar*, de nombreux *Chiites* reconnurent la qualité d'*imam* au second de ses fils, *Mouça Kadh'em*, qui devint ainsi le septième *imam* des *Duodécimains* (4); tandis que d'autres qui, pour ce motif, furent appelés *Ismaéliens*, soutinrent qu'*Ismaël* ayant été régulièrement dési-

(1) Aubin, *loc. cit.*, p. 472. — La doctrine des *Duodécimains* qui est, en Perse, la doctrine officielle, a été battue en brèche au XIXe siècle par la doctrine du *cheikh Ahmed Ashai*, le *Cheikhisme*, et surtout par celle de *Seyyed Ali Mohammed*, dit *le Bab*, le *Babisme*, laquelle se refuse à admettre la suprématie d'*Ali* et l'infaillibilité des *imams* (Cf. *R. M. Mus.*, t. II, p. 251; t. IV, p. 647, 847 et 848; t. XIV, p. 357. — Huart. *La religion de Bab*, Rev. Hist. Relig., t. XVIII, p. 279 et suiv. — *Le Bayan persan*, *eod. loc.*, n° juillet-août 1913, p. 103 et suiv.).

(2) Le nombre sept « qui joue un si grand rôle dans la nature, dans la personne même de l'homme et dans les rites de la religion » (Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 48) a, pour eux, une importance considérable. Ils admettent, par exemple, que « depuis l'origine du monde, la suite des siècles se partage en sept périodes, dont chacune a eu sa religion fondée par un prophète » (*Eod. loc.*); il est aussi, pour eux, sept degrés dans l'initiation.

(3) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, p. 409. — Dozy, *op. cit.*, p. 257 et suiv. — Huart, *op. cit.*, t. I, p. 330 et suiv.

(4) Selon d'autres, *Ismaël*, choisi pour lui succéder, par son père, aurait commis le crime de s'enivrer. *Djafar* l'aurait alors exhérédé, et se serait désigné comme successeur son fils *Mouça*. Certains Chiites seraient demeurés fidèles à Ismaël, prétendant que Dieu ne peut pas changer d'avis, — et que tout ce que fait l'imam étant juste, *Ismaël* n'avait pu pécher en buvant du vin. — Cf. Dozy, *op cit.*, p. 257 et suiv.

gné par son père et l'*imamat ne pouvant remonter du fils au père* (1), l'*imamat* devait demeurer dans la postérité d'*Ismaël* et, en conséquence, ils reconnurent la qualité d'*imam* à *Mohammed*, fils d'Ismaël, qui fut ainsi, pour eux, le septième *imam* (2) et, aussi, le dernier, car c'est *Mohammed*, fils d'*Ismaël*, qui, pour les *Ismaéliens*, est devenu l'*imam caché*, le *mahdi*, le *maître de l'heure*, communiquant avec les hommes par l'intermédiaire d'un *da'ï* (3), d'un missionnaire, et destiné à réapparaître dans les moments de grande corruption pour remplir la terre de justice (4).

Le propagateur, sinon le fondateur de cette doctrine, fut un persan du nom d'*Abdallah ben Maïmoun* (5).

C'est un adepte de cette doctrine, *Hamdan Karmat*, qui, à la fin du IXe siècle de notre ère, fonda la secte des *Karmates* qui, pendant près de deux siècles, domina dans le *Bahraïn* (6).

C'est à la secte ismaélienne que se rattache la dynastie *fatimite* qui a régné sur le *Maghreb*, puis sur l'Égypte, de l'année 909 à l'année 1171 de notre ère, et dont le fondateur, *Obéïd-Allah*, a été considéré par ses fidèles comme une réincarnation du septième *imam* (7).

C'est à la secte ismaélienne, également, que se rattache la secte des *Assassins*, dont la fondation remonte au milieu du XIe siècle de notre ère et qui « a su faire durer (en Perse) et dans les montagnes du nord de la Syrie deux siècles un royaume de brigands et de meurtriers » (8). — C'est, aussi, de la doctrine

---

(1) Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 44.

(2) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 409.

(3) Littéralement : celui qui appelle.

(4) Sur la formation de la secte ismaélienne et ses doctrines, cf. Silvestre de Sacy, *Exposé de la religion des Druzes*, introduction ; — de Goeje, *Mémoire sur les Carmathes du Bahrain et les Fatimides*.

(5) Dozy, *op. cit.*, p. 260 et suiv. — Huart, *op. cit.*, t. I, p. 332 et suiv.

(6) De Goeje, *op. cit.* — Dozy, *op. cit.*, p. 269 et suiv. — Huart, *op. cit.*, t. I, p. 332 et suiv.

(7) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 409.

(8) Cf. Guyard, *Le grand maître des Assassins au temps de Saladin*. — Dozy, *op. cit.*, p. 269 et suiv.

ismaélienne que procède la religion des *Druses* (1), et c'est de la secte ismaélienne que dérive la secte des *Khodjas* de l'Inde (2).

§ 2. — Organisation sociale

72. — Dans l'étude que nous avons publiée sur la *Famille musulmane* (3), nous avons établi, qu'aux premiers siècles de l'*Hégire*, l'organisation sociale, en pays musulman, repose sur la famille ; qu'il est, notamment, certaines institutions, *Chefa'at, responsabilité collective*, qui ne se peuvent expliquer que par cette idée que la famille est demeurée la véritable unité sociale (4) ; qu'il en est encore de même, à l'heure actuelle, dans une très large mesure, dans la plupart des pays musulmans (5), et que cela tient à ce que les conditions dans lesquelles, jusqu'à ces dernières années, les habitants de ces pays se sont trouvés placés, politiquement et économiquement, ne se sont guère modifiées (6).

Nous ne reprendrons pas cette démonstration. Nous nous bornerons à la compléter, en insistant sur l'importance et la raison d'être du rôle qui, aujourd'hui encore, dans l'Afrique du Nord, dans la composition de certains groupes sociaux : *militaires, professionnels* ou *religieux*, — appartient à la famille.

73. — Que le rôle de la famille soit demeuré prépondérant dans la formation de ces groupements, et surtout de ceux de ces groupements qui sont d'ordre religieux, cela est fait pour surprendre si l'on ne fait état que de l'universalisme musulman, si l'on considère uniquement que la religion musulmane promet à tous le salut, — qu'elle est accessible à tous, abstraction

---

(1) Silvestre de Sacy, *Exposé de la religion des Druzes*.— Cf. *Rev. M. Mus.*, juin 1912, p. 10.

(2) Cf. *M. Mus.*, t. I, p 48 et suiv.; t. X, p. 473 ; t. XII, p. 215 et suiv., 406 et suiv. — Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 47.

(3) Cf. *Études de droit musulman et algérien*, p. 7 à 109.

(4) Cf. nos 30 et 31.

(5) Cf. nos 28 et 29.

(6) Cf. nos 42 à 46.

faite de toute considération de race ou d'origine, — que, d'autre part, cette religion domine et pénètre, en pays musulman, toutes les institutions, — et que, dans de telles circonstances, les communautés musulmanes ne devraient point se présenter sous l'aspect d'agrégations de familles, mais bien d'agrégations d'individus, de toutes races et origines, partageant les mêmes croyances, pratiquant la même religion.

Et, cependant, les faits sont là qui montrent que, dans l'Afrique du Nord, tant dans l'organisation de l'armée que dans la formation et la vie des unions de métiers et des confréries religieuses, le rôle de la famille est demeuré considérable.

74. — C'est ainsi qu'en Algérie, avant 1830 (1), — au Maroc (2) avant l'établissement du protectorat français, l'armée se composait de tribus qui, moyennant des concessions de terres ou des remises d'impôts, s'étaient engagées à fournir au souverain, à première réquisition, un certain nombre de fantassins et de cavaliers. Chacune de ces tribus, appelées *makhzen* en Algérie et de *guich* au Maroc, fournissait une unité militaire commandée par son *caïd*; si bien que chaque unité militaire ne se composait, en réalité, que de parents ou de contribules. — Au Maroc,

---

(1) En Algérie, les tribus *Makhzen* portaient le nom de *Zemoul* ou de *Déïra* dans l'est, de *Zmélas* ou de *Douairs* dans l'ouest (M. Wahl et A. Bernard, *L'Algérie*, p. 98). Elles constituaient, bien plutôt que la milice recrutée dans les ports du Levant, la véritable armée des Deys. C'est grâce à elles que les Turcs purent maintenir dans l'obéissance toute la contrée (Cf. Mercier, *Histoire de l'Afrique septentrionale*, t. III, p. 133).

Bien que « formées à l'origine des éléments les plus disparates » (Mercier, *loc. cit.*), elles s'étaient constituées par l'agrégation, non d'individus, mais de familles ou fractions de tribus (Cf. Walsin Esterhazy, *Notice sur le Maghzen d'Oran*, p. 11 et 12). — Cf. El Mawerdi, *trad. Fagnan*, p. 440, au sujet du classement général, sur les rôles du diwan militaire, des tribus et des races.

En outre, les tribus non *Makhzen* fournissaient chacune un *goum* appelé, sous le commandement du caïd, à coopérer aux colonnes et aux expéditions (Mercier, *op. cit.*, t. III, p. 133 et 137).

(2) Certes, au Maroc comme en Algérie, les familles dont l'assemblage constitue la tribu, n'ont pas toujours une origine commune (Cf. Augustin Bernard, *Les confins algéro-marocains*, p. 81 et 82). La tribu s'est formée le plus souvent « à la fois par le développement de l'élément familial et par l'agrégation d'éléments étrangers » *(eod. loc.)*. Il n'en est pas moins vrai que la constante préoccupation des tribus d'établir leurs généalogies et de démontrer que les différentes familles dont elles se composent descendent d'un auteur commun, montre l'importance primordiale attribuée à l'élément familial, dans les sociétés nord-africaines.

par exemple, le *tabor*, comparable, suivant son importance, au bataillon ou au régiment, ne comprenait que des hommes d'une même tribu, si bien que, dans l'armée du sultan, chaque tribu du pays *makhzen* « possédait un *tabor* portant son nom et composé d'*askar* désignés, pour le service, parmi les contribules »[1].

D'autre part, dans le nord de l'Afrique, chez les campagnards, nomades ou sédentaires, l'industrie est demeurée essentiellement familiale[2] et si, dans les villes, des unions de métiers, des *corporations* se sont constituées, groupant les gens exerçant le même métier, la même profession[3], — il est à remarquer que les professions sont généralement héréditaires, que les gens exerçant la même profession, exploitant le même commerce ou la même industrie, habitent le plus souvent le même quartier, quelquefois même la même rue[4]; que les mariages entre eux sont fréquents ; si bien qu'ils sont tous plus ou moins parents les uns des autres, et que leurs intérêts corporatifs sont encore des intérêts familiaux. — Enfin, ce qui montre bien l'importance du rôle de la famille au sein de ces corporations, c'est qu'à la tête de chacune d'elles est placé une sorte de syndic, appelé *amin*, chargé, notamment, de juger les différends professionnels et appelé à connaître de tout ce qui est relatif au travail des gens de sa corporation[5]; et que, souvent, il arrive la charge d'*amin* est héréditaire dans une des familles de la corporation. Il semble bien, qu'à Alger, telle ait été la règle. Dans la corporation des *Changeurs*, par exemple, le titre d'*amin* demeurait acquis à la famille du titulaire.

---

(1) Aubin, *Le Maroc d'aujourd'hui*, p. 250 et 251. — Cf. Leclerc, *L'armée marocaine*, Bul. Soc. Géog. d'Alger, 1904, p. 778. — Augustin Bernard, *Le Maroc*, p. 251 et suiv.

(2) Augustin Bernard, *op. cit.*, p. 173.

(3) Michaux-Bellaire et Salmon, *El-Qçar el-Kebir : une ville de province marocaine au Maroc septentrional*; Arch. Maroc., t. II, p. 134 et suiv. — Cf. *Rev. M. Mus.*, août 1908, p. 647. — Atger, *Les Corporations tunisiennes*, Thèse, Paris, 1909. — Augustin Bernard, *Le Maroc*, p. 186 et suiv.

(4) Trumelet, *Blida*, t. II, p. 896. — Augustin Bernard, *Le Maroc*, p. 187 et suiv.

(5) Augustin Bernard, *op. cit.*, p. 187.

Enfin, si dans le nord de l'Afrique, des *Confréries religieuses* se sont constituées en très grand nombre, elles sont demeurées, pour la plupart, entièrement soumises à la famille de leur fondateur. Les ordres religieux n'y sont, en réalité, que des familles maraboutiques groupant, autour d'elles, un nombre de clients plus ou moins considérable. Les Berbères ont toujours eu le culte de l'homme [1]. « Ils ont introduit dans la religion la plus hermétiquement monothéiste le culte du *chérif*, descendant du Prophète, la vénération du *marabout*, fondateur d'une dynastie sainte » [2]. Au *chérif* et au *marabout*, ils ont reconnu la *baraka*, c'est-à-dire une puissance surnaturelle, *une étincelle de la toute-puissance divine* [3]: et ils tiennent cette *baraka* pour héréditaire [4]. Aussi, dans les *Confréries* fondées par des *Cheurfas* ou des *marabouts*, — et c'est le cas de la plupart de celles qui ont des affiliés dans l'Afrique du Nord, — la direction de la *Confrérie*, au décès de son titulaire, passe-t-elle au parent le plus proche de ce dernier [5] ; si bien qu'en fin de compte, c'est aux mains d'une famille déterminée, celle du fondateur, que se trouve définitivement concentrée toute l'influence politique dont dispose la *Confrérie*.

75. — Ainsi, dans les pays musulmans de l'Afrique du Nord, la famille est encore à la base de l'organisation sociale ; elle est demeurée la véritable unité sociale. — D'où cela vient-il ? — Vraisemblablement, de ce qu'il ne s'est jamais constitué, en ces pays, d'une façon durable, d'État centralisé, doté d'un gouvernement disposant d'une forte autorité, en situation de faire respecter et exécuter toutes ses décisions, assez puissant pour exproprier les divers groupes sociaux de la part d'influence politique leur appartenant et arriver à concentrer entre ses mains tous les pouvoirs [6].

---

(1) Doutté, *L'Islam algérien en l'an 1900*, p. 38.

(2) Augustin Bernard, *op. cit.*, p. 197.

(3) Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 194.

(4) Doutté, *op. cit.*, p. 44. — Augustin Bernard, *op. cit.*, p. 198.

(5) Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 197.

(6) « L'histoire du nord de l'Afrique, comme l'a très bien dit le grand historien Khaldoun, est celle des tribus qui tour à tour acquièrent l'hégémonie ». (Augustin Bernard, *Le Maroc*, p. 85).

Il ne semble pas d'ailleurs, que les conquérants étrangers, arabes, puis turcs, se soient préoccupés d'asseoir solidement leur domination sur le pays. Que le peuple vaincu reconnût la suzeraineté de l'Islam et payât tribut, les conquérants du 1er siècle de l'*Hégire* ne lui en demandaient pas davantage (1). Au surplus les envahisseurs du VIIe siècle de notre ère, refoulés peu à peu, *n'ont laissé derrière eux que le nom d'Allah et de son Prophète* (2); et ceux du XIe n'ont laissé d'autre souvenir que celui de leurs dévastations et de leurs rapines (3). — Quant aux Turcs, il n'apparaît pas qu'ils aient cherché « à prendre racine dans le pays » (4), et il semble bien qu'il n'était pour eux que deux choses qui eussent de l'importance : la prestation de l'hommage et le paiement du tribut (5).

Quant aux dynasties berbères qui se sont succédé dans le Nord de l'Afrique, leur existence a toujours été des plus précaires, leur autorité plus nominale que réelle, leur puissance effective des plus circonscrites.

En réalité, elles n'ont pu vivre qu'à la condition de s'appuyer sur certaines tribus, sur certaines familles maraboutiques, qu'à la condition de faire de la politique de tribus et de confréries (6).

On s'explique, dès lors, sans peine que, dans l'Afrique du Nord, au Maroc en particulier, à l'heure actuelle encore, *la tribu soit l'unité politique des indigènes comme la famille est l'unité sociale* (7).

---

(1) « La puissance et les succès prodigieux d'Omar s'expliquent par ce fait qu'il laisse à chaque pays son administration particulière » (Van Berchem, *Etude sur l'impôt du Kharadj*, p. 22).

(2) Masqueray, *Formation des cités chez les populations sédentaires de l'Algérie*, p. 12.

(3) *Eod. loc.* — Doutté, *op. cit.*, p. 36.

(4) Mercier, *Histoire de l'Afrique septentrionale*, t. III, p. 542.

(5) De Grammont, *Histoire d'Alger sous la domination turque*, p. 413.

(6) « N'étant vraiment maître que d'un quart de son empire, ayant sur un autre quart une autorité précaire qu'il ne peut exercer qu'avec ménagement, et n'ayant enfin sur le reste du pays qu'une autorité purement morale, le Sultan est tenu d'organiser son gouvernement en conséquence. Il doit pour éviter les coalitions dangereuses, veiller à ce que certains éléments se neutralisent et faire de la politique d'équilibre dans l'intérieur même du Maroc » (Augustin Bernard, *op. cit.* p. 251). — Cf. du même auteur, *Les confins Algéro-Marocains*, p. 192 et suiv. et, notamment, p. 228.

(7) Augustin Bernard, *Le Maroc*, p. 215.

§ 3. — Organisation du Culte

76. — La religion musulmane est « *la plus hermétiquement monothéïste* » (1) qui existe. Entre l'homme et Dieu elle n'admet pas d'intermédiaire. « Le fidèle en prière est considéré comme étant en tête à tête avec Dieu » (2). La *prière* et la *purification* sont, en somme, les seules pratiques rituelles qui lui soient imposées (3). Or, il n'est pas de lieu consacré dans lequel, obligatoirement, ces pratiques se doivent accomplir (4), de même qu'il n'est pas de clergé, de prêtres qui soient, obligatoirement, appelés à présider à leur accomplissement. On peut prier seul à l'endroit où l'on se trouve (5).

A la vérité, la prière en commun est méritoire, et c'est faire œuvre pie que de se rendre de préférence le vendredi dans un oratoire (*mesdjid*) ou dans une mosquée (*djam'a*) (6) et d'y prier sous la direction de l'*imam* de cet oratoire ou de cette mosquée. Mais, point n'est besoin, pour prier en commun, de se rendre dans une mosquée ou dans un oratoire ; aux grandes fêtes, par exemple, dans le cas de nombreuse affluence, la prière se fait généralement dans un *Ms'alla*, « oratoire en plein vent dont le sol a été simplement mis à l'abri des souillures par un mur assez élevé pour qu'il ne puisse être franchi par les animaux » (7). — Et, si la prière en commun doit se faire sous la direction d'un *imam*, le premier venu, même à la mosquée, peut être improvisé *imam*.

Aussi a-t-on pu dire que « l'Islam est une religion sans

---

(1) *Eod. loc.* p. 197. — Sur les dogmes fondamentaux de l'Islam, Cf. Doutté, L'*Islam algérien en 1900*, p. 1 et suiv. — Gaudefroy Demombynes, *Les institutions musulmanes*, p. 49 et suiv.

(2) Houdas, *op. cit.*, p. 124.

(3) Sur les obligations fondamentales de l'Islam, Cf. Houdas, *op. cit.* p. 89. Doutté, *op. cit.*, p. 5 et suiv.

(4) Houdas, *op. cit.*, p. 119. — Doutté, *op. cit.*, p. 6.

(5) Houdas, *op. cit.* p. 124. — Doutté, *op. cit.*, p. 6.

(6) Ce qui différencie la *djam'a* du *mesdjid*, c'est que le premier, à la différence du second, possède une chaire (*Minbar*) où le vendredi se fait la *khot'bat* (le prône). Cf. Houdas, *op. cit.*, p. 135. — Doutté, *op. cit.*, p. 109 et 110.

(7) Houdas, *op. cit.*, p. 120 et 135.

clergé où il y a des sacristains et des chantres plutôt que des prêtres » (1).

Il est, cependant, un personnel attaché aux mosquées : *imam, moufti, h'azzab, mouderrès, mouedzdzin*. L'*Imam* a la direction de la prière et fait la *khot'bat* le vendredi. — Le *Moufti* est un jurisconsulte reconnu et salarié par l'Etat, et dont la fonction consiste à délivrer des *fetouas* (consultations). — Le *H'azzab* est celui qui, du haut d'une tribune placée dans la Mosquée, est chargé de réciter un ou plusieurs *h'izb* ou sections du Coran. — Le *Mouderrès* est un professeur enseignant la théologie et le droit. — Le *Mouedzdzin* a mission d'appeler du haut du minaret les fidèles à la prière (2).

Mais le rôle de ce personnel est des plus effacés ; ce clergé est sans influence religieuse ni politique (3). La véritable influence, elle, appartient aux *marabouts* et aux *Cheurfas*, ainsi qu'aux *Confréries religieuses*.

77. — *Marabouts et Cheurfas*. — Le *marabout* est un saint. Primitivement, ainsi que le montre *Doutté* (4), le *marabout* était une sorte de moine-soldat servant dans un *ribat'*, sorte de couvent fortifié établi, le plus souvent, à la frontière de l'Empire musulman et servant de base d'opérations pour la guerre sainte contre les infidèles ; et la période héroïque passée le marabout n'a plus été qu'un apôtre religieux ; il devint un saint (5).

---

(1) Augustin Bernard, *op. cit.*, p. 207.

(2) Doutté, *op. cit.*, p. 117 et suiv. — Houdas, p. 120 et 134.

(3) Houdas, *op. cit.*, p. 251. — Augustin Bernard, *op. cit.*, p. 207. — Dès l début de notre installation en Algérie, nous avons mis la main sur les biens des mosquées et nous nous sommes attribué la désignation de leur personnel. Cette dernière mesure eût suffi à enlever à ce personnel toute autorité, s'il en avait eu une ; quant à la première, « elle a toujours été très sévèrement jugée par les musulmans et a donné lieu, de leur part, à beaucoup de récriminations. Aussi, en 1882, lors de l'annexion du Mzab, le gouverneur général, M. Tirman se borna-t-il à déclarer que les biens et revenus des mosquées ibadites seraient considérés comme biens de fabrique et soumis, en principe, à la législation qui, en France, règle la gestion des biens de l'Église » (Rinn, *Marabouts et Khouan*, p. 9, note 2). — Il n'apparaît pas que nous ayons eu à nous louer de notre générosité, et souvent, les revenus de ces biens, dont les mosquéee abadhites ont été ainsi maintenues en possession, ont été détournés de leur destination et employés à combattre l'influence française.

(4) *Les Marabouts. L'Islam algérien en 1900*, p. 42 et suiv.

(5) Le sens du mot marabout s'est encore élargi par la suite ; il a fini par désigner tout ce qui est sacré. — Cf. Doutté, *L'Islam algérien en 1900*, p. 43.

Au Maroc, le saint est, le plus souvent, appelé *ouali* (1) ; et l'on fait précéder son nom du titre de *moulaye*, mon maître, ou du titre de *sidi*, monseigneur (2).

La qualité de *marabout* s'acquiert par la commune renommée. Un homme s'isole, vit en ascète, ou bien se livre à des pratiques charitables, ou bien opère une guérison surprenante ; cela peut suffire pour qu'il soit sacré marabout. Souvent, aussi, l'on reconnaît la qualité de marabout à un idiot ou à un fou (3), la folie ayant toujours été considérée par les peuples primitifs comme un mal mystérieux, une sorte de mal sacré.

Les femmes, elles aussi, peuvent devenir maraboutes. On les appelle, alors, comme en Orient, *setti*, madame, — et, le plus souvent, *lalla*, maîtresse (4).

La qualité de marabout s'acquiert, également, par la naissance ; elle est héréditaire. C'est ainsi qu'il est, en Kabylie, des villages de marabouts, voire même des tribus maraboutiques (5).

Le marabout obtient des guérisons miraculeuses ; il fait tomber la pluie dans les périodes de sécheresse ; il joue le rôle d'arbitre ; il accorde sa protection (*anaïa* en Algérie, *zet'ata* au Maroc) aux voyageurs et les met à l'abri des coups de mains (6). Le culte du marabout n'est point, à la vérité, gratuit, ni son intervention désintéressée. Le marabout reçoit des offrandes, *ziara*, et perçoit même, quelquefois, de véritables tributs sous les noms de *s'adak'at*, de *hediya* ou de *ghefarat* (7). Mais il faut reconnaître, cependant, que, souvent, « les marabouts ont été pour les populations de véritables bienfaiteurs » et que, seuls, au milieu des guerres perpétuelles et de l'anarchie, ils ont représenté « un peu de savoir, de justice, de clémence » (8).

Le *chérif* (sing. de *cheurfa)*, lui aussi, est un saint, un mara-

(1) Augustin Bernard, *op. cit.*, p. 199.
(2) Doutté, *op. cit.*, p. 43.
(3) Cf. Doutté, *op. cit.*, p. 44.
(4) Cf. Doutté, *op. cit.*, p, 43.
(5) Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, t. II, p. 83 et suiv.
(6) Doutté, *op. cit.*, p. 49.
(7) Doutté, *op. cit.*, p. 49.
(8) Augustin Bernard, *Le Maroc*, p. 203.

bout ; mais c'est un saint qui descend du Prophète par sa fille *Fat'ma*, épouse d'*Ali* (1).

En Algérie, certaines tribus se considèrent comme la postérité de *cheurfas*; elles portent, alors, le titre de *Oulad sidi*, suivi du nom du chérif auquel elles prétendent se rattacher (2).

Au Maroc, les *cheurfas* se répartissent en *Idrissites* et en *Alaouites*. Les uns comme les autres descendent d'*Ali*, le gendre du Prophète ; mais les premiers, tels les *cheurfas d'Ouazzan*, par exemple, en descendent par *Moulay Idris*, le fondateur de la dynastie idrissite, dont le fils a fondé la ville de *Fez* (3), et sont considérés comme étant de meilleure noblesse religieuse (4).

En Orient, à la Mecque, dans toute l'Arabie, les *cheurfa* comprennent non seulement les descendants de Mahomet, mais aussi les descendants de ceux de ses contemporains qui étaient issus des premières familles de la Mecque (5), et le mot *Sayyid* est celui employé pour désigner les descendants du Prophète (6).

78. — Le culte des saints se rencontre en tous pays musulmans ; mais il a pris dans le nord de l'Afrique un développement extraordinaire. Les raisons de ce développement ont été remarquablement mises en lumière par *Doutté* dans les termes suivants : « On s'explique facilement, dit-il, que le pur Islam, qui n'admet guère ce culte, n'ait pas suffisamment contenté ses sectateurs. Allah est trop loin du fidèle ; il en est séparé par un abîme et le musulman semble un jouet dans la main de son Dieu. Or, l'homme a la conscience profonde de l'affinité de sa nature avec celle de la divinité ; et la conception musulmane du dieu ne donne pas, sous ce rapport, satisfaction aux aspira-

(1) Le titre de *cheurfa* est quelquefois donné, au Maroc, aux descendants d'*Abou Bekr es-siddik* et d'*Omar* ; mais ils s'emploient, alors, pour préciser la branche de la famille et l'on dit : *cheurfa siddikiin*, *cheurfa omariin*. — Cf. *L'aristocratie religieuse en Egypte*, Rev. M. Mus., février 1908, p. 243.

(2) Doutté, *op. cit.*, p. 45. — Cf. Trumelet, *Les saints de l'Islam*, p. 247, note 1.

(3) Augustin Bernard, *op. cit.*, p. 90 et 199.

(4) René Pinon, *Les événements du Maroc*, Rev. des deux Mondes, 1er mars 1903, p. 155 et 156.

(5) *L'aristocratie religieuse en Egypte*, Rev. M. Mus. fév. 1908, p. 243.

(6) *Eod. loc.*

tions du croyant. Cela suffirait à expliquer le culte des saints ; mais il y a plus. Ce culte, au Maghrib, a le véritable caractère d'une adoration de l'homme, d'une anthropolâtrie ; et cette anthropolâtrie y est pratiquée depuis une haute antiquité » (1), et « le vieux goût des Berbères pour le culte de l'homme n'a cessé d'étendre son influence » (2).

Et, à l'heure actuelle, ce culte n'a vu diminuer ni le nombre, ni la ferveur des fidèles. Les *marabouts* et les *cheurfas* ont conservé toute leur influence. C'est cette influence qui a tenu si longtemps en échec les influences européennes dans le nord de l'Afrique ; c'est parmi les marabouts que se sont toujours recrutés, en Algérie et au Maroc, les chefs de la résistance à la pénétration française, lors de la conquête, — les chefs d'insurrection, la conquête terminée. Et, aujourd'hui encore, au Maroc, *Augustin Bernard* constate que « les marabouts sont la plus grande puissance politique et que le peuple les révère infiniment plus que le sultan, malgré le caractère religieux de celui-ci » (3).

79. — *Confréries religieuses* (4). — Les confréries religieuses paraissent avoir été, à l'origine, des associations de *soufis*, c'est-à-dire de mystiques.

La simplicité de l'Islam ne pouvait convenir à tous ceux que l'Islam avait pliés sous sa loi. Cette religion « froide, austère, rigide des Sémites ne pouvait, par exemple, complaire à l'imagi-

(1) *Op. cit.*, p. 40.

(2) *Eod. loc.*, p. 38.

(3) *Op. cit.*, p. 202.

(4) Rinn, *Marabouts et Khouan*. — Depont et Coppolani, *Les confréries religieuses musulmanes*. — Arnaud, *Précis de politique musulmane*, t. I, p. 108 et suiv. — *L'Islam et la politiqne musulmane française dans l'Afrique occidentale*. — Bul. com. Afr. fr., Rens. col., 1912, — Le Chatelier, *L'Islam dans l'Afrique occidentale*. — *Les confréries musulmanes du Hedjaz*. — Doutté, *L'Islam algérien en 1900*, p. 53 et suiv. — Augustin Bernard, *Le Maroc*, p. 203 et suiv. — Salmon, *Confréries et zaouias de Tanger*, Arch. maroc., t. II, p. 100 et suiv. — Joly, *Les confréries religieuses et les marabouts en Algérie*, Congrès de l'Afrique du Nord ; Compte rendu des travaux, t. II, p. 414. — Delafosse, *Les confréries musulmanes et le maraboutisme dans les pays du Sénégal et du Niger*, Bul. com. Af. fr. — Rens. col., 1911. — Simian, *Les confréries islamiques en Algérie*, thèse, Paris, 1910. — Michaux-Bellaire, *Le Gharb*, Arch. mar., t. XX, p. 233 et suiv. — Gaudefroy-Demombynes, *op. cit.*, p. 57 et suiv.

nation ardente des esprits persans ; elle ne pouvait davantage convenir aux Hindous abîmés dans le panthéisme depuis des siècles »[1]. Il était fatal « qu'une réaction se produisît dans le monde musulman sous la forme du mysticisme »[2]. Et il était fatal, aussi, que le développement du mysticisme aboutît, en dépit de la parole du Prophète qu'*il n'y a pas de vie monacale dans l'Islam*[3], à la constitution d'associations mystiques, *les extases étant contagieuses et l'association favorable aux exercices mystiques*[4].

Importées dans l'Afrique du Nord à une époque et dans des circonstances qu'il est difficile de préciser, ces associations, ces confréries, par leurs pratiques tendant à rapprocher l'homme de la divinité, à le mettre en communication directe avec elle, y ont contribué, comme partout ailleurs, — plus peut-être que partout ailleurs, le milieu étant plus favorable, — au développement du culte des saints et des lieux consacrés[5]. Mais, elles ont contribué, également, à la propagation de l'islamisme, à la diffusion de l'instruction et aussi de l'assistance[6]. Il en est, enfin, qui ne se sont pas cantonnées dans le domaine religieux et se sont essayées à un rôle politique, celle des *T'aïbia*, au Maroc, par exemple, et celle des *Tidjania* en Algérie[7].

80. — La confrérie se nomme *t'rik'at*. Quelques-unes ont été fondées par « un homme illustre par son savoir, sa science coranique, parvenu à la connaissance du Dieu suprême par les pratiques et l'enseignement des maîtres du soufisme, gardien fidèle de la tradition mohammédienne et observateur de la règle

(1) Doutté, *op. cit.*, p. 55.

(2) *Eod. loc.*

(3) On prétend, cependant, que la vie cénobitique remonte aux premières années de l'Hégire et que la première association religieuse s'est constituée du vivant même de Mahomet. — Cf. Rinn, *Marabouts et Khoran*, p. 24. — Cf. Goldziher, *Le dogme et la loi de l'Islam,* trad. Arin, p. 113.

(4) Doutté, *op. cit.*, p. 65.

(5) Augustin Bernard, *op. cit.*, p. 204. — Houdas, *op. cit.*, p. 249.

(6) Augustin Bernard, *op. cit.*, p. 204.

(7) Houdas, *op. cit.*, p. 249. — Augustin Bernard, *op. cit.*, p. 204 et 205. — Sur le rôle politique des Confréries religieuses, Cf. Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 257 et suiv.

établie par ses illustres devanciers »[1]. Mais, la plupart l'ont été par des *marabouts*, par des saints[2].

Le fondateur de la confrérie se nomme *cheikh*. Il en élabore les statuts, fixe les conditions de l'initiation (*ouerd*), ainsi que les formules du *dzikr*, c'est-à-dire la série des litanies dont se compose la prière de l'ordre, et arrête les règles de la transmission de la *baraka*, c'est-à-dire de la direction de l'ordre[3].

Le *cheikh fondateur* a tous les pouvoirs, temporel et spirituel. Il justifie de son droit à les détenir par la *selselat el ouerd*, ou *chaîne* des saints de qui il a reçu son enseignement, laquelle, par l'intermédiaire du Prophète et de l'ange Gabriel, remonte jusqu'à Allah[4].

Le siège de la confrérie, où réside le cheikh, se nomme *zaouïa*. Ce mot, « pris au sens propre, signifie angle, coin, et par extension, cellule d'un reclus, monastère, hospice »[5]. La *zaouïa* comprend un séminaire où l'on instruit les novices *(mourid)*, où l'on forme des prosélytes, – une école où reçoivent des leçons les enfants du voisinage, — une maison des hôtes, où trouvent à se faire héberger les voyageurs et les pèlerins, à se faire hospitaliser et assister les malades et les indigents[6].

Les successeurs du *cheikh fondateur* portent, également, le nom de *cheikh*. Ils justifient de leur droit à la direction de l'ordre par la *selselat el-baraka* ou chaîne, qui indique la succession des *chioukh* qui se sont « transmis, à la tête de la confrérie, la *baraka* ou bénédiction divine »[7].

Au-dessous du *cheikh* est le *khalifa* ou *naïb*, le lieutenant, le coadjuteur, le dépositaire des pouvoirs du *cheikh* pour les régions éloignées[8]. Le *khalifa* ou *naïb* vit généralement dans une *zaouïa* dépendant de la *zaouïa* mère[9].

(1 et 2) Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 197.
(3 et 4) Doutté, *op. cit.*, p. 67 et 68.
(5) Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 205.
(6) *Eod. loc.* — Doutté, *op. cit.*, p. 69.
(7) Doutté, *op. cit.*, p. 68.
(8) Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 194 et 195. — Doutté, *op. cit.*, p. 66.
(9) Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 205.

Puis, au-dessous du *khalifa* ou *naïb* vient le *mok'addem*, sorte de vicaire *cantonal*, assisté d'agents spéciaux, tels que le *rek'k'âb*, sorte de courrier (1); lequel *mok'addem* est seul à se trouver en relations avec les affiliés à la confrerie et a mission de leur faire connaître les instructions du *cheikh*.

Enfin, viennent les affiliés à la secte, les *khouan* (frères) ou *derouich* ou *fok'ara* (pauvres) (2), qui se reconnaissent aisément entre eux à la disposition des 99 grains de leur chapelet, laquelle est révélatrice du *dzikr* ou prière spéciale à la confrérie (3).

Beaucoup de ces confréries admettent des femmes (4). Dans certaines, même, les femmes peuvent être appelées à la direction de l'ordre. C'est ainsi qu'il y a quelques années, la *zaouïa* d'*El Hamel*, près de *Bou-Saada*, de l'ordre des *Rah'mania*, était dirigée par une femme, *Lalla Zineb* (5).

81. — Parmi ces confréries, certaines passent pour nous être très hostiles, celle des *Derk'aoua* (6), par exemple, et surtout celle des *Senoussiia* (7), dont la *zaouïa* mère a été transférée, il y a quelques années, de *Djaghboub* à *Koufra*, c'est-à-dire de la frontière occidentale d'Égypte dans l'hinterland tripolitain.

Mais il en est, par contre, avec qui nous entretenons les meilleures relations; telles sont, par exemple, les confréries essentiellement algériennes des *Rah'mania* et des *Tidjania* (8), et aussi au Maroc celle des *T'aibia* ou *Touhama* (9).

De la confrérie des *Rah'mania* dépendent les *zaouïas* d'*El Hamel* et de *Tolga* en Algérie, de *Nefta* en Tunisie. — A la

(1) Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 194 et 195 — Doutté, *op. cit.*, p. 66 et 67

(2) Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 195. — Doutté, *op. cit.*, p. 67.

(3) Houdas, *op. cit.*, p. 127 et 128.

(4) Doutté, *op. cit.*, p. 72.

(5) Cf. Doutté, *Les Marabouts*, p. 86.

(6) Depont et Coppolani, p. 503 et suiv.

(7) *Eod. loc.*, p. 544 et suiv.

(8) *Eod. loc.*, p. 271. — Doutté, *op. cit.*, p. 75 et suiv. — Augustin Bernard, *op. cit.*, p. 205.

(9) Depont et Coppolani, *op. cit.*, p. 284 et suiv. — Doutté, *op. cit.*, p. 80 et 81. — Augustin Bernard, *op. cit.*, p. 204 et 205.

confrérie des *Tidjania* se rattachent les *zaouïas* algériennes d'*Aïn-Madhi* et de *Tamelhalt*, près de *Témacin*, au sud de *Tougourt*. — Quant à la confrérie marocaine des *Taïbia* ou *Touhama*, c'est le chérif d'*Ouazzan*, depuis longtemps protégé de la France, qui en est le chef.

82. — Or, quelle est exactement l'influence dont disposent ces confréries?

Certains, voyant dans ces confréries « de véritables sociétés occultes dirigées par des chefs aveuglément obéis » (1), ont tenu cette influence pour considérable, au point que pour concevoir la puissance de ces associations, ils ont estimé qu'il fallait « se reporter à notre moyen-âge, ère de foi ardente dont l'idéal social était la théocratie » (2).

A l'inverse, l'on a prétendu que nous nous étions singulièrement exagéré l'importance de ces confréries, et que, dans le désir où nous étions d'exploiter, à notre profit, leur influence, nous avions tendu à favoriser leur règne en Algérie, et contribué à leur faire, plus ou moins, prendre des allures de sociétés secrètes (3).

La vérité nous paraît résider dans une opinion intermédiaire. — Le danger résultant de l'obéissance aveugle des *Khouan* à leurs *Chioukh* et du groupement, en vue d'une action commune, de toutes les confréries musulmanes obéissant à un mot d'ordre unique, parti de Constantinople, par exemple (4), — nous paraît tout à fait imaginaire. C'est, qu'en effet, il existe entre elles des rivalités profondes, à tel point qu'on a pu dire que ces confréries « sont plutôt un moyen de discorde qu'un moyen d'unir les esprits dans une pensée commune et d'élever les âmes au-dessus des préoccupations de la vie terrestre » (5). — D'autre part, ces rivalités se retrouvent au sein des confréries, entre *zaouïas* du même ordre; à la tête de ces *zaouïas*, sont, le plus souvent, des marabouts qui se jalousent et se disputent la

---

(1 et 2) Arnaud, *Précis de politique musulmane*, p. 117.

(3) Doutté, *op. cit.*, p. 91.

(4) Arnaud, *op. cit.*, p. 118 et 119.

(5) Houdas, *op. cit.*, p. 249.

clientèle, si bien, constate *Doutté*, « qu'il n'y a peut-être pas d'exemple d'une confrérie qui, dans des circonstances critiques, ait obéi avec ensemble à son chef : il y a toujours des rivalités intestines qui empêchent l'unité d'action. On l'a bien vu, en 1871, lors de la levée de boucliers des *Rah'maniyya* : les importantes branches de *T'olga* et d'*El-H'amel* refusèrent de se joindre aux révoltés » (1).

Et, cependant, il est, dans certaines *zaouïas*, des marabouts vénérés, disposant, sur les *Khouan*, d'une autorité absolue, dont, par conséquent, l'hostilité pourrait, à un moment donné, nous créer de sérieux ennuis, et à l'égard de qui il importe, dès lors, de pratiquer une politique de surveillance bienveillante » (2), mais, aussi, de surveillance étroite ; car, « s'il ne faut pas s'imaginer les confréries comme ourdissant une vaste conspiration permanente contre la civilisation européenne, il ne faut pas les croire toujours et partout inoffensives » (3).

§ 4. — Droit pénal

83. — Le Droit pénal de certains pays musulmans, *Turquie*, *Egypte*, *Tunisie*, ne ressemble guère au Droit pénal musulman, tel que nous le présentent les grands docteurs de l'Islam. Ces pays ont, en effet, la Turquie (4) et l'Égypte (5) au XIXe siècle, la Tunisie (6) en 1913, — procédé à une refonte de leur législ-

(1) Doutté, *op. cit.*, p. 91.

(2) *Eod. loc.*, p. 92.

(3) Augustin Bernard, *op. cit.*, p. 204.

(4) Le Code pénal ottoman est entré en vigueur le 9 août 1858 ; le Code de procédure pénale, le 26 juin 1879. Le Code pénal a été modifié et republié en 1863.

(5) L'Égypte a codifié son droit pénal dès 1855. Mais le Code pénal établi à cette époque faisait encore une assez large place au droit religieux. Il a été remplacé par le Code pénal indigène du 12 novembre 1883. Une revision de ce dernier a été entreprise qui a abouti à une nouvelle promulgation, le 14 février 1904, du Code pénal et du Code d'instruction criminelle. — Un nouveau Code pénal égyptien est, à l'heure actuelle, en voie d'élaboration. — Cf. J.-H. de Percival, *Le projet de Code pénal égyptien*. L'Égypte contemporaine, février 1919, p. 97 et suiv.

(6) Le Code pénal tunisien est entré en vigueur le 1er janvier 1914.

lation pénale et l'ont codifiée ; et les codes ainsi établis ont été calqués sur le Code pénal français. On peut même aller jusqu'à dire que la législation pénale de ces pays a pour source fondamentale le Droit pénal français [1].

Ces Codes n'ont, cependant, point fait table rase des institutions antérieures. C'est ainsi que le Code pénal ottoman n'a point porté atteinte aux droits individuels consacrés par la loi religieuse et décide dans son article 171, que « l'action à exercer par les héritiers de la victime, si elle en a, pour leurs droits individuels, sera, à la demande de ceux-ci, déférée aux tribunaux qui jugent d'après la loi du Chéri » ; — de même qu'il a respecté les prescriptions de la loi musulmane relatives à la peine du *talion* et au *prix du sang* ou composition légale [2].

C'est ainsi, également, que le Code pénal indigène égyptien a réservé « les droits individuels consacrés par le chéri », et que « quelques-unes de ses dispositions dérivent de la char'iah, par exemple, la nécessité de l'aveu ou de deux témoins pour une condamnation à mort, les règles sur le Dieh ou prix du sang, la consultation du Moufti dans les affaires criminelles emportant, d'après le Chéri, la peine capitale » [3].

C'est ainsi, enfin, que le Code pénal tunisien n'a pas, lui non plus, complètement répudié les prescriptions du droit musulman concernant le talion et la composition légale, le prix du sang [4].

Il n'en est pas moins vrai qu'à la base du droit pénal actuel de la Turquie, de l'Égypte et de la Tunisie, sont les principes fondamentaux de notre législation pénale [5], et qu'on ne saurait voir, dans ce droit, la manifestation la plus récente, le dernier

---

(1) Young, *Corps de droit ottoman*. t. VII, p. 1, note 1. -- Grandmoulin, *Le droit pénal égyptien indigène*, t. I, p. 37 et 53.

(2) Cf. Art. 171 et 172 du Code pénal. — Art. 1er du Code de procédure pénale.

(3) Grandmoulin, *op. cit.*, t. I, p. 39 et 41.

(4) Art. 216 : « Nonobstant les dispositions qui précèdent, dans tous les cas d'homicide commis par un musulman sur un autre musulman, nous nous réservons de faire, à la demande des ayants-droit, application de la loi du Chara ».

(5) Cf. Grandmoulin, *op cit.*, t. I, p. 53

terme d'une évolution normale du droit pénal traditionnel de ces pays. Si bien que, pour savoir ce qu'a été, en matière pénale, le droit commun de l'Islam, pour connaître les principes fondamentaux de ce droit, en dégager les caractères essentiels et retracer les grandes phases de son évolution, ce n'est point au Code pénal de la Turquie, de l'Égypte ou de la Tunisie qu'il faut faire appel, mais bien, ici encore, aux traités de jurisprudence et aux recueils de *fetouas*, œuvres de docteurs réputés.

Notre intention n'est point de présenter, ici, un traité, même succinct, de droit pénal musulman. Nous nous proposons simplement de mettre en relief et de signaler les particularités intéressantes que présentent la matière de la *classification des infractions*, — celle de la *répression de ces infractions*, — enfin, celle des *peines*.

84. — I. - *Classification des infractions*. — Les infractions sont réparties par les docteurs musulmans en trois classes [1] :

1° L'homicide [2] accompli volontairement, avec ou sans préméditation, — les coups portés et les blessures faites volontairement sans intention de donner la mort, mais l'ayant entraînée, — l'homicide provoqué par des coups ou des blessures involontaires, — les coups portés et les blessures faites volontairement ou involontairement, — par vengeance, par exemple, ou dans un moment de colère, mais non à l'occasion ou au cours d'une autre infraction, telle que vol ou brigandage [3] ;

2° Les infractions punies de *h'odoud* (pluriel de *h'add*, c'est-

---

(1) Vincent, *op. cit.*, p. 63 et note *b*. — Van den Berg, *Le droit pénal de la Turquie*, dans von Liszt, *Législation pénale comparée*, t. I, p. 601. — Van den Berg, *Principes du droit musulman selon les rites d'Abou Hanifah et de Chafii*, trad. de France de Tersant et Damiens, p. 180. — Omar bey Loutfy, *De l'action pénale en droit musulman*, fasc. 1, p. 45 et suiv. — Cf. El Maouerdi, *trad. Fagnan*, p. 469 et suiv. — Risala, p. 178 et suiv.

(2) Les Chaféites distinguent trois sortes d'homicide : 1° l'*homicide prémédité*, qui correspond à notre homicide volontaire et prémédité et à notre homicide volontaire ; — 2° l'*homicide involontaire*, qui correspond à notre homicide par imprudence ; — l'*homicide volontaire*, qui est l'homicide causé par des coups portés ou des blessures faites volontairement sans intention de donner la mort, mais l'ayant entraînée. — Cf. Ibn Qasim al-Ghazzi, *La révélation de l'Omniprésent*, trad. Van den Berg, p. 543 et suiv. — Nawawi, *op. cit.*, t. III, p. 106 et suiv.

(3) Cf. Vincent, *op. cit.*, p. 64 et note.

à-dire de « peines définies, déterminées par la loi, dont elle a fixé elle-même le mode et la mesure, de telle sorte qu'il est interdit au magistrat d'y rien ajouter, ni d'en rien retrancher »[1]. Ce sont : le *brigandage*, l'*homicide accompli à l'occasion d'un vol ou d'un acte de brigandage*, la *fornication*, l'*apostasie*, l'*usage du vin*, l'*injure* et la *diffamation*[2] ;

3° Les infractions qui n'ont point été punies par la loi d'une peine définie, mais qui sont passibles d'une peine correctionnelle (*taazir*), dont la détermination est laissée à l'appréciation du juge, dont le juge fixe le mode et la mesure, suivant la gravité de la faute, l'opportunité de la répression, la situation physique, morale et sociale du délinquant[3].

Théoriquement, ces infractions, ce sont tous les faits qui semblent au juge « incompatibles avec l'ordre social », de nature à troubler l'ordre public, que le juge croit devoir punir et que le juge punit comme il croit devoir le faire, si bien qu'il semblerait qu'en cette matière, tout soit abandonné à l'arbitraire du juge[4].

En réalité, même en cette matière, les pouvoirs du juge sont assez limités.

Tout d'abord, en effet, le juge n'a d'autres pouvoirs que ceux qui lui ont été délégués par le souverain, et, la plupart du

---

(1) Cf. Vincent, *op. cit.*, p. 63, note *b*. — Cf. Amar, *trad. d'Al-Wancharisi*, t. I, p. 294.

(2) Cf. Vincent, *op. cit.*, p. 64, note et p. 67. note. — Amar, *loc. cit.*, t. I, p. 292 et suiv. — Van den Berg, *Principes de droit musulman*, p. 189 et suiv. — *Le droit pénal de la Turquie ; loc. cit.*, p. 602. — Sur la définition de la fornication, cf. Khalil, *trad. Seignette*, art. 1396 et 1397. — Van den Berg, *Le droit pènal de la Turquie ; loc. cit.*, p. 602. — Sur la définition de la diffamation, cf. Khalil, *trad. Seignette*, p. 601 et art. 1964. — Van den Berg, *cod. loc.* — Charani, *Balance de la loi musulmane*, trad. Perron, éd. Luciani, p. 536.

(3) Vincent, *op. cit.*, p. 63, note *b*. — Van den Berg, *Législation pénale de la Turquie*, p. 605. — *Principes de droit musulman*, p. 180 et 195 et suiv. — Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 45 et suiv. — Nawawi, *Le guide des zélés croyants*, trad. Van den Berg, t. III, p. 245.

(4) « Les secondes (les peines correctionnelles, sont fixées *arbitrairement* par le magistrat ». (Seignette, *trad. de Khalil*, Introduction, p. XLIX). — « Le juge détermine leur qualification et choisit la peine qu'ils méritent » (Omar ben Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 46). — « Le droit musulman ne reconnaît donc pas le principe : *nullum delictum sine prœvia lege pœnali.* » (Van den Berg, *Principes de Droit musulman*, p. 180, n. 3).

temps, le souverain se réserve le droit d'indiquer lui-même dans des règlements (*K'anoun*) les faits non prévus par la loi religieuse et qu'il estime punissables et de préciser les peines à leur appliquer (1) ; et le juge ne possède, alors, d'autre liberté que celle de proportionner le quantum de la peine édictée à la gravité de l'infraction commise, de fixer le nombre de coups de fouet, par exemple, ou la durée de l'emprisonnement à infliger au délinquant.

D'autre part, alors même qu'il n'apparaît pas que la délégation consentie par le souverain au juge ait restreint les pouvoirs de ce dernier en la matière, le juge n'a pas le droit d'appliquer à tel fait qu'il juge punissable, telle peine que bon lui semble. Il peut bien alors, et en toute liberté, choisir parmi les peines ; mais il ne peut choisir que parmi celles que la loi l'autorise à prononcer contre les infractions de cette catégorie. Et ces peines, ce sont, chez les *Malékites* : le blâme, l'humiliation corporelle, l'emprisonnement et les coups (2) ; — et chez les *Hanéfites* et les *Chaféites* : la réprimande, la flagellation, l'emprisonnement, l'amende ou le bannissement (3).

Mais, la peine de mort ne peut jamais être prononcée (4). — En outre, chez les *Chaféites*, si la peine que se propose de prononcer le juge, est l'une de celles qu'édicte la loi religieuse pour une infraction déterminée, le *quantum* de la peine prononcée par le juge doit être inférieur au *quantum* édicté par la loi (5).

---

(1) « Une grande partie des faits méritant les peines Taazirs, surtout les plus graves, sont aussi déterminés par la loi ainsi que les peines à leur appliquer. Du reste, la mission du juge, en droit musulman, n'est qu'un démembrement du pouvoir du Calife. Il est le délégué de celui-ci pour rendre la justice. Le Calife peut limiter cette délégation et, en vertu de la Siassah Charieh, restreindre le pouvoir judiciaire quant aux Taazirs. A cet effet, il n'a qu'à faire le tableau limitatif des faits prohibés et, pour chaque fait, préciser la peine qu'il mérite ». (Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 47).

(2) Vincent, *op. cit.*, p. 64, note.

(3) Van den Berg, *Principes du droit musulman*, p. 195. — Nawawi, *op. cit.*, t. III, p. 244. — Maouerdi, *trad. Fagnan*, p. 504 et suiv.

(4) Van den Berg, *loc. cit.* — Sur la question de savoir dans quelle mesure est engagée la responsabilité du souverain qui a ordonné le châtiment correctionnel, quand celui-ci a entraîné la mort du coupable, V. Charani, *op. cit.*, p. 537 et suiv.

(5) « Le principe que la correction doit toujours rester au-dessous du *minimum* édicté comme peine afflictive et définie, s'étend à toutes les contraven

85. — Ainsi que l'a dit *M. Van den Berg*, ces trois catégories d'infractions « répondent, en principe, aux trois périodes dans l'histoire du droit parmi les Arabes : la période du paganisme, les réformes introduites par Mahomet et le développement du droit sous les califes » [1].

Les infractions de la première catégorie, en effet, *homicide*, *blessures* et *coups*, sont celles pour lesquelles le Prophète a laissé subsister le système de répression en usage à l'époque préislamique : vengeance privée, en s'efforçant, cependant, de l'améliorer [2].

Les infractions de la seconde catégorie sont celles dont le *Coran* et la *Sounnat* ont assuré et organisé la répression, soit parce que le fait constituant l'infraction, licite jusqu'alors, tel que l'usage du vin, apparaissait dorénavant comme une atteinte aux prescriptions de la religion nouvelle, — soit parce que, s'agissant d'un fait déjà punissable, tel que la fornication, le Prophète a estimé qu'il devait comporter un mode de répre sion nouveau.

Les infractions de la troisième catégorie, qui sont punies de peines déterminées arbitrairement par le juge, déterminées en fait, la plupart du temps, par des *K'anoun*, des règlements élaborés par le souverain, sont constituées par des faits, qui ne semblaient point de nature à troubler l'ordre public à l'époque où s'est élaborée la loi religieuse, et qu'on n'a songé à réprimer que plus tard, le jour où ils ont paru incompatibles avec l'ordre social. Et, tout naturellement, c'est à celui à qui incombait le droit de légiférer dans le silence de la loi religieuse, qu'on a laissé le soin d'en assurer la répression.

Ainsi, *coutume*, *loi religieuse*, *K'anoun*, telles sont les sources successives du droit pénal musulman ; et à chacune de ces

---

tions » (Nawawi, *op. cit.*, t. III, p. 244). — A en croire *Vincent*, il en serait autrement chez les Malékites : « le nombre des coups y peut même excéder le nombre des coups du hadd » (*op. cit.*, p. 64, note). — Cf. Khalil, *trad. Seignette*, art. 2034. — Charani, *op. cit.*, p. 540.

(1) Le droit pénal de la Turquie, *loc. cit.*, p. 601, note 4.

(2) Cf. Amar, *Le régime de la vengeance privée, du talion et des compositions chez les Arabes; Rev. tunisienne*, t. XI, p. 361 et t. XII, p. 150.

sources correspond un mode de répression déterminé. En sorte que, si les docteurs musulmans, comme le législateur français, classent les infractions d'après le caractère des peines qui y sont attachées, la classification qu'ils nous fournissent se trouve être, en même temps, une classification chronologique.

86. — II. - *Répression*. — Le régime qui prévaut encore, à la veille de l'Hégire, est celui de la vengeance privée illimitée avec faculté de composer (1). La victime, aidée de ses parents ou de ses contribules, s'efforce de tirer, comme elle le peut, vengeance du coupable assisté, lui aussi, de ses parents ou de ses contribules; et « cette guerre privée aboutit, soit à la satisfaction du désir de vengeance, soit à une transaction ou composition en nature ou en argent, composition qui joue, à la fois, le rôle d'amende et de réparation civile » (2).

La pratique des guerres privées était trop enracinée dans les mœurs, pour que le Prophète pût songer à la condamner. Mais, il s'efforça d'entraver ces guerres en imposant la stricte observation des quatre mois sacrés au cours desquels toute hostilité était interdite (3), et de les rendre moins meurtrières, moins sauvages, en limitant la répression à l'offense, en imposant le talion, conformément à la loi mosaïque (4); il conseilla même le recours à la transaction, à la composition et chercha à en généraliser l'usage (5).

Par la suite, à mesure que grandira l'Etat musulman et que se fortifiera le pouvoir central — à mesure, aussi, ce pouvoir central sentira mieux le danger que font courir à l'Etat les querelles intestines et les guerres privées et se trouvera mieux en situation de les empêcher. Il conseillera, tout d'abord, de transiger ; puis il obligera à transiger ; puis de conciliateur, il

---

(1) Cf. Amar, *loc. cit.*, t. XI, p. 370.

(2) Grandmoulin, *op. cit.*, t. I, p. 7. — Le système de la vengeance privée se retrouve, aujourd'hui encore, à peu près intact, chez les Bédouins de la presqu'île du Sinaï. Cf. Grandmoulin, *eod. loc.*, p. 9 et suiv.

(3) Coran, IX, 37.

(4) Coran, II, 173, 175 et 190; — V, 48 et 49 ; — XVI, 127; — XVII, 35 ; — XXII, 59.

(5) Coran, II, 173 et 174. — Cf. Amar, *Le régime de la vengeance privée, du talion et des compositions chez les Arabes*, loc. cit.

s'érigera en arbitre, dictera des sentences et en assurera l'exécution. — Et ainsi, peu à peu, à l'idée de vengeance se substituera l'idée de justice, — et, de l'idée de réparation d'un préjudice privé se séparera l'idée de réparation d'un préjudice social, d'expiation (1).

Toujours, cependant, quelque chose subsistera des institutions anciennes, et, notamment, du vieux droit de vengeance privée, — ainsi que le montre l'étude des différentes procédures destinées à assurer la répression des différentes catégories d'infractions admises par le droit musulman.

87. — A. - *Homicide, blessures et coups.* — Le droit de requérir l'application de la peine édictée par la loi religieuse n'appartient qu'à la victime ou à ses héritiers (2). — Et, c'est devant le tribunal religieux, le tribunal du cadi, que l'application de cette peine doit être requise (3).

Mais, la transaction intervenue entre la victime ou ses héritiers et le coupable rend impossible toute poursuite tendant à l'application de la peine légale (4), — de même que le pardon de la victime ou de ses héritiers rend impossible l'exécution de

---

(1) Grandmoulin, *op. cit.*, t. I, p. 7 et suiv. — Maouerdi, 493 et suiv.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1754. — Nawawi, *op. cit.*, p. 138 et suiv.— Amar, *trad. d'Al Wancharisi*, t. I, p. 266. — Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 38 et suiv. — Van den Berg, *Le droit pénal de la Turquie*, *loc. cit.*, p. 604.

(3) Van den Berg, *Principes du droit musulman*, p. 209. — « La compétence du Cadi s'étendait sur toutes les matières civiles ou *criminelles* qui sont réglées par la loi » (*Tableau de la situation des établissements français dans l'Algérie*, t. I, p. 216).

En nombre de pays musulmans, toutefois, la répression s'est, en quelque sorte, sécularisée. Le Souverain a retiré la délégation qu'il avait donnée au Cadi pour connaître des affaires criminelles, pour en investir des fonctionnaires de l'ordre administratif. En Tunisie, par exemple, c'est à un tribunal administratif, le tribunal de l'*Ouzara*, qu'il appartient de connaître « de tous les crimes et délits de nature à troubler la tranquillité publique » (Gaudiani et Thiancourt, *La Tunisie*, n° 381). — Et, au Maroc, dans le pays *Makhzen*, c'est à des fonctionnaires de l'ordre administratif, également, *pachas* et *caïds*, qu'est réservée la connaissance de toutes les infractions, même de celles prévues et punies par la loi religieuse. — Cf. Arin et Bruno, *La réorganisation de la justice indigène au Maroc* (*Rec. Alg.*, 1914, 1, 185).

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1775 et suiv., et 1782 et suiv. — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1564 et suiv., 1567. — Nawawi, *op. cit.*, t. III, p. 144 et suiv. — Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 38 et 39.

la condamnation prononcée par le juge et que, seul, ce pardon rend impossible l'exécution de cette condamnation, le souverain n'ayant pas le droit de faire remise de la peine légale [1].

Le régime ainsi consacré par le droit musulman, en matière d'homicide, de blessures et de coups, c'est, en somme, le régime traditionnel de la vengeance privée, avec cette seule différence, peut-être, que la vengeance ne pouvant plus s'exercer que par l'intermédiaire du juge religieux, et dans les limites imparties par la loi religieuse, son exercice ne saurait plus donner lieu aux mêmes excès, ni aux mêmes abus.

Ce régime de la vengeance privée, chez les Musulmans, est, d'ailleurs, tellement enraciné dans les mœurs, qu'on en retrouve des survivances, ainsi qu'on l'a vu plus haut, dans le Code pénal de la Turquie, ainsi que dans le Code pénal égyptien et celui de la Tunisie [2].

Il ne faudrait pas croire, cependant, que dans les pays musulmans où il n'a point été procédé à une réforme du droit pénal et où le droit religieux a continué de s'appliquer en matière criminelle, l'homicide, les blessures et les coups restent impunis dès l'instant que la victime ou ses héritiers demeurent inactifs ou transigent ou font remise de la peine prononcée par le juge. « Le souverain ou ses délégués, les cadis, ont (en effet) le droit et le devoir de punir tous les actes qui leur paraissent incompatibles avec l'ordre social » [3] ; et « la partie lésée ne peut alors empêcher cette condamnation ni paralyser l'exécution du jugement par la remise de la peine » [4]. — Mais la peine de mort ne saurait jamais, alors, être prononcée [5] ; et, il en est ainsi, aujourd'hui encore, même en Turquie, quand les héri-

---

(1) « Le chef de l'Etat n'a pas le droit d'intervenir, ni pour faire grâce au coupable, en cas que l'ayant-droit réclame le talion, ni pour le faire punir, en cas que l'ayant-droit s'abstienne de toute poursuite » (Van den Berg, *Le droit pénal de la Turquie*, *loc. cit.*, p, 604).

(2) V. *Sup.*, n° 83.

(3) Van den Berg, *Le droit pénal de la Turquie*, *loc. cit.*, p. 605.

(4) Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 49. — Cf. Khalil, *trad Seignette*, art. 1851 et 1852.

(5) Van den Berg, *Principes du droit musulman*, p. 195.

tiers de la victime ont renoncé à l'exercice des droits qu'ils tiennent de la loi religieuse [1].

88. — B. - *Infractions punies de h'odoud.* — L'énumération en a été donnée au n° 84 ci-dessus. Il s'agit, ainsi qu'on l'a vu précédemment [2], d'infractions soumises à un régime de répression introduit par la loi coranique, — soit qu'il s'agisse d'actes accomplis en violation de la nouvelle loi religieuse et qui, à l'époque préislamique, n'étaient point punissables, — soit qu'il s'agisse d'actes déjà punissables à cette époque, mais pour lesquels le Prophète, ne se bornant pas à enregistrer et à améliorer le système répressif antérieur, a organisé un système de répression particulier. — Aussi ces infractions sont-elles souvent qualifiées de *crimes contre Allah* [3].

C'est encore au juge religieux, au Cadi, qu'il appartient de prononcer les peines édictées, par la loi, contre ces infractions [4]. Mais, comme celles-ci constituent des offenses directes à la divinité, des atteintes immédiates à la loi religieuse, la personne qu'elles pourraient léser, n'est plus, alors, toujours seule maîtresse du droit de poursuivre et de faire grâce.

Les docteurs répartissent, à ce point de vue, en trois catégories les infractions punies de *h'odoud* : 1° celles qui donnent naissance à un droit pur de l'homme ; — 2° celles qui donnent naissance à un droit pur de Dieu ; — 3° celles qui donnent naissance « à un droit mixte unissant le droit de l'homme et le droit de Dieu » [5].

Les infractions de la première catégorie, la *diffamation* par

---

(1) Sauf en certains cas exceptionnels, « l'homicide punissable de la peine capitale est toujours susceptible de rémission par les héritiers de la victime, moyennant le prix du sang; alors l'Etat ne peut punir que des travaux forcés de quinze ans au moins (Van den Berg, *Le droit pénal de la Turquie*, *loc. cit.*, p. 617).

(2) V. *sup.*, n° 85.

(3) Cf. Van den Berg, *Le droit pénal de la Turquie*, *loc. cit.*, p. 601 et 602. — *Principes du droit musulman*, p. 189 et suiv. — Mawerdi, *trad. Fagnan*, p. 474.

(4) Seignette, *trad. de Khalil*, Introduction, p. LII. — « Le Cadi est le pivot de la justice, et sa compétence est générale » (al Wancharisi, *trad. Amar*, t. II, p. 477. — V. *sup.*, p. 194, note 3.

(5) Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 59. — Mawerdi, *trad. Fagnan*. p. 474 et suiv.

exemple, ne lèsent que des intérêts privés. — En conséquence, la personne diffamée ou ses héritiers, seuls, peuvent requérir l'application de la peine [1]; de même qu'ils ont le droit de renoncer à la poursuite, de s'en désister, si elle a été entamée, et de faire grâce au cas où une condamnation aurait été prononcée [2].

Les infractions de la seconde catégorie, telles que l'*ivresse*, ne sont pas, par elles-mêmes, de nature à léser des intérêts privés; elles ne sont punissables que parce qu'elles compromettent l'ordre social, troublent l'ordre public. Aussi, tout musulman peut-il les dénoncer et en assurer la répression, mais personne n'a-t-il le droit (le souverain lui-même ne l'a pas) d'empêcher une poursuite, de s'opposer au prononcé de la peine, ni de faire remise de cette dernière [3].

Les infractions de la troisième catégorie, le *vol*, le *brigandage*, *l'homicide commis à l'occasion d'un vol ou d'un acte de brigandage*, par exemple, troublant l'ordre social, sont punissables à la requête du souverain, ou d'office par le juge, lequel est le délégué du souverain [4], — de même que, lésant des intérêts privés, la répression peut en être poursuivie par les personnes à qui elles ont préjudicié [5]. — Mais, seules, alors, les personnes lésées ont le droit de poursuite [6]. — Enfin, de même que la personne lésée, n'étant point seule en cause, ne peut ni empêcher une condamnation par une renonciation ou une transaction, ni faire remise de la peine prononcée, — de même, aussi, la loi religieuse ayant été enfreinte, le souverain

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1975 et 1976. — *Introduction*, p. LI.

(2) Coran, XXIV, 4 à 9, 13, 18, 19, 24. — Khalil, *trad. Seignette*, Introduction, p. LI et art. 1977. — Van den Berg, *Le droit pénal de la Turquie*, p. 603; — *Principes du droit musulman*, p. 189 et 190.

(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2029. — Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 59. — Van den Berg, *Le droit pénal de la Turquie*, p. 603; — *Principes du droit musulman*, p. 189. — Maouerdi, p. 488. — Cf. Zeys et Sidi Saïd, *Recueil d'actes et de jugements*, p. 23, note 2.

(4) Vincent, *op. cit.*, p. 64 et 65, note. — Seignette, *trad. de Khalil*, Introduction, p. 4. — Kayrawani, *Risala*; trad. Fagnan, p. 190 et 191.

(5 et 6) Seignette, *trad. de Khalil*, Introduction, p. I et II. — Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 60. — Maouerdi, *trad. Fagnan*, p. 483.

ne peut, sauf en certains cas de *rébellion* (1), entraver la poursuite de la partie lésée, ni gracier le coupable (2).

88. — C. - *Infractions punies de peines arbitraires.* — La répression en est assurée d'office, ou sur simple dénonciation émanant d'une personne quelconque, même non lésée, — par le souverain et ceux à qui il a, à ce point de vue, délégué ses pouvoirs, cadi, chef de la police, etc. (3).

Sauf dans le cas où des intérêts privés seraient seuls en cause, comme dans l'hypothèse de *diffamation*, la partie lésée ne peut, par une renonciation à son droit de se plaindre, empêcher la poursuite, ni faire remise de la peine prononcée (4).

Quant au souverain et à ses délégués, ils ont toute liberté pour gracier ou amnistier le coupable. Mais, la grâce ou l'amnistie ainsi consentie, ne saurait porter atteinte au droit de la personne lésée d'obtenir une réparation civile, de requérir une condamnation à des dommages-intérêts (5).

89. — *Réparation civile.* — A l'époque préislamique, c'est, on l'a vu, le régime de la vengeance privée qui prévaut, et, sous ce régime, l'idée d'une expiation à fournir par le coupable ne se distingue point encore de l'idée de réparation du préjudice causé. *L'homicide, les coups, les blessures* « sont en réalité des délits civils où le talion et le prix du sang remplacent les dommages et intérêts » (6).

---

(1) Van den Berg, *Le droit pénal de la Turquie* ; *loc. cit.*, p. 603. — Cf. Khalil, *trad. Seignette*, art. 1896 et suiv.

(2) Ebn Abi Zaïd El Kaïrouani, *Risala*, *trad.* Fagnan, p. 181. — Khalil, *trad. Seignette*, art. 2018. — Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 60. — Van den Berg, *Le droit pénal de la Turquie*, p. 603. — *Principes du droit musulman*, p. 189. — Toutefois, en Turquie, les condamnations à mort, *au cas de crime contre Allah*, étaient déférées au *Cheikh el-Islam* et soumises à la révision suprême du Sultan, en sa qualité de chef de la magistrature ; ce qui permettait « de prévenir les exécutions qui, devant l'Europe, feraient un trop grand scandale, par exemple, en cas d'apostasie, de commerce illicite ne constituant ni viol, ni inceste, ni adultère » (Van den Berg, *Le droit pénal de la Turquie*, *loc. cit.*, p. 610).

(3) Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 47 et suiv.

(4) Nawawi, *op. cit.*, t. III, p. 244 et 245. — Cf. Van den Berg, *Principes du droit musulman*, p. 196. — Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 49. — Khalil, *trad. Seignette*, art. 1581 et 1582. — Maouerdi, *trad. Fagnan*, p. 508.

(5) Van den Berg, *Le droit pénal de la Turquie*, *loc. cit.*, p. 605.

(6) *Eod. loc.*, p. 604.

Avec les réformes coraniques, apparaît l'idée d'expiation, d'une expiation religieuse ou pénale à fournir par le coupable. Mais, s'agissant de l'*homicide*, des *coups* et des *blessures* pour lesquels le Prophète a laissé subsister les modes traditionnels de répression : *talion*, et *composition légale*, — l'expiation demeure l'accessoire de la réparation [1].

Avec les infractions punies de *h'odoud*, au contraire, avec les infractions expressément prévues et punies par la loi religieuse, les idées d'expiation et d'intimidation apparaissent au premier plan ; — de même qu'avec les infractions punies de peines arbitraires, c'est l'idée d'amendement du coupable qui domine [2]. — Mais, l'idée de réparation du préjudice causé subsiste et la loi musulmane a laissé la possibilité à la victime de ce préjudice d'obtenir des dommages et intérêts, soit par la voie d'un procès civil, soit par la voie d'une demande formée accessoirement à la poursuite criminelle [3].

90. — *Prescription.* — Le droit musulman n'admet, ni la prescription de la peine, ni celle de l'action tendant à l'application de la peine [4].

Quant à l'action purement civile, qui tend uniquement à la réparation du préjudice et qui demeure entièrement distincte de celle ayant pour objet l'application de la peine [5], il semble bien que, dans le rite Malékite, tout au moins, elle soit prescriptible et se prescrive par dix ans. « Après dix ans, dit, en effet, *Ebn Acem*, une personne présente perd le droit de réclamer contre un préjudice qui lui a été causé » [6].

91. — *H'isbat.-Mouh'tasib* [7]. — Le législateur musulman ne

---

(1) Cf. Khalil, *trad. Seignette*, art. 1848 et suiv.

(2) Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 40 et 41, et 45 et suiv.

(3) Cf. Khalil, *trad. Seignette*, art. 2010, 2020, 2021 et 2022. — Ebn Acem, *op. cit.*, vers. 1545.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2012. — Cf. Van den Berg, *Le droit pénal de la Turquie*, *loc. cit.*, p. 601. — La question est, toutefois, controversée dans le rite hanéfite. — Cf. Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 2, p. 56 et suiv.

(5) Ce qui exclut l'action tendant au paiement de la composition légale.

(6) *Op. cit.*, vers 1490.

(7) Walter Behrnauer, *Mémoires sur les institutions de police chez les Arabes*, *les Persans et les Turcs*; — J. Asiat, 1860. II, p. 119 à 190, 347 à 392; — 1861, I, p. 5 à 76. — Maouerdi, *trad. Fagnan*, p. 513 et suiv. — Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 50 et suiv.

s'est pas préoccupé uniquement d'assurer la répression des infractions; il s'est également attaché à prévenir ces infractions, voire même les actes simplement contraires à la morale ou aux prescriptions de la religion. Il a, en conséquence, érigé en « censeur des mœurs publiques » (1) tout membre de la Communauté musulmane, en conférant et en imposant à tout musulman le droit et le devoir de *H'isbat* (2).

La *H'asbat* « consiste à ordonner le bien et à défendre le mal » (3) ; et le *Mouh'tasib* est celui qui exerce le droit et s'acquitte de ce devoir de *H'asbat* (4).

Cette institution de la *H'isbat* a son fondement dans le verset 106 du chapitre III du Coran, ainsi conçu : « Vous êtes le peuple le plus excellent qui ait jamais surgi parmi les hommes ; *vous ordonnez ce qui est bon et défendez ce qui est mauvais,* et vous croyez en Dieu » ; — et sur ce *h'adits* : « Quiconque parmi vous voit quelque chose de répréhensible, doit le changer avec la main ; s'il n'est point capable de le faire ainsi, qu'il le fasse par la langue ; si cela lui est impossible, qu'il le fasse avec le cœur ; c'est le minimum de la religion » (5).

En conséquence, tout musulman a le droit et le devoir de s'opposer par la force à l'accomplissement d'un acte répréhensible ; c'est ainsi que « le vrai croyant, qui soupçonne dans une maison la présence d'instruments de musique, de pièces de vin ou d'autres choses interdites par la loi, doit y pénétrer et briser ces objets scandaleux » (6). — S'il est trop faible pour le faire ou si l'acte condamnable n'est pas encore en voie d'accomplissement, s'il est simplement à l'état de projet, le croyant « doit employer sa langue comme arme de combat ; il doit, sans que

---

(1) Goldziher, *Le livre de Mohammed ibn Toumert,* Introduction, p. 85.

(2) « Ce devoir s'impose à chacun des Musulmans comme une conséquence de leur responsabilité réciproque » *(Eod. loc.,* p. 87*).*

(3) El Maouerdi, *trad. Fagnan,* p. 513 et suiv. — Ibn Khaldoun, *op. cit* , t. I, p. 458.

(4) Omar bey Loutfy, *op cit* , fasc. 1, p. 51.

(5) Cf. Goldziher, *loc. cit.,* p. 68.

(6) *Eod. loc.,* p. 88.

rien l'arrête, prêcher, tonner, soulever l'agitation »[1]. — Enfin, si cela encore lui est impossible, « il agira avec le cœur », c'est-à-dire qu'il devra « protester intérieurement contre le mal triomphant et appeler sur les mauvaises gens et les mauvaises mœurs la punition divine »[2].

Et le devoir de *H'isbat* incombe au Souverain comme à tout autre musulman. Mais, en fait, le Souverain ne s'en acquitte pas lui-même, et il confie ce soin à un délégué, à un fonctionnaire[3]; il nomme un *mouh'tasib* avec mission de rechercher, en son nom et à sa place, les abus et de réprimander les délinquants.

Mais, avec le temps, le caractère de l'institution s'est transformé. En même temps que censeur, le *mouh'tasib* devient juge. Il est considéré, tout d'abord, comme ayant qualité pour statuer, par délégation du Cadi[4], sur les infractions d'importance minime, pour connaître des plaintes et des poursuites dont le jugement ne saurait soulever de difficultés[5].

Puis, le pouvoir suprême se démembre ; « le sultanat et le khalifat deviennent deux pouvoirs distincts ; tout ce qui concerne l'administration temporelle rentre dans les attributions du Sultan »[6] ; l'office de *mouh'tasib* est classé parmi ceux qui relèvent directement du Souverain temporel ; le *mouh'tasib* est considéré comme le délégué, non plus du cadi, mais du Sultan[7] ; et il n'est bientôt plus qu'une sorte de commissaire de police, chargé plus spécialement de la police des marchés, ayant principalement pour mission de veiller à l'application des règlements concernant l'usage des poids et mesures, et de punir les infractions à ces règlements[8].

Il en était ainsi, en Orient, au Caire, par exemple[9]. — Il en

(1 et 2) *Eod. loc.*, p. 86.

(3) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 458.

(4) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 459.

(5) *Eod. loc.* — Cf. Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 57. — Mawerdi, *op. cit.*, trad. Fagnan, p. 515 et suiv.

(6 et 7) Ibn Khaldoun, *op. cit.*, t. I, p. 459 et 460.

(8) Al Wancharisi, *trad. Amar*, t. III, p. 476 et 477.

(9) Huart, *op. cit.*, t. I, p. 364 et suiv.

est encore de même au Maroc, à Tanger [1] et à Rabat [2], notamment.

92. — III. — *Peines.*— Les infractions de la première catégorie emportent application du talion ou obligation de payer une composition [3].

Les infractions de la seconde catégorie sont punies de la mort par la décapitation, la pendaison ou le crucifiement, l'amputation d'un membre, la lapidation, la flagellation, l'emprisonnement, le bannissement et la confiscation [4],— sans que le juge ait la faculté, ainsi que cela a été dit plus haut, d'apporter une aggravation ou une atténuation, soit à la peine édictée par la loi, soit au mode d'exécution arrêté par elle [5].

Les infractions de la troisième catégorie sont punissables de l'emprisonnement, de la flagellation, de l'humiliation corporelle (station debout dans une assemblée, enlèvement du turban) et de la réprimande, chez les *Malékites* [6], — et chez les *Hanéfites* et les *Chaféites*, de la réprimande, de la flagellation, de l'emprisonnement, de l'amende ou du bannissement [7] ; — la fixation de la peine étant laissée à l'arbitraire du juge ;— le rite malékite, à la différence du rite chaféïte, autorisant même le juge, si la peine qu'il se propose de prononcer est, comme la flagellation, l'une de celles que la loi a prévues, à prononcer une peine supérieure à la peine légale [8].

Nous ne parlerons, ici, avec quelques détails, que de la sanction attachée aux infractions de la première catégorie, du *talion* et de la *composition,* non seulement parce qu'il s'agit là d'ins-

---

(1) Salmon, *L'administration marocaine à Tanger,* Arch. Mar., t. I, p. 13 et p. 51 et suiv.

(2) Mercier, *L'administration marocaine à Rabat,* Arch. Mar., t. VII, p. 392 et 393.

(3) V. *sup.*, nos 85 et 86.

(4) Coran, V, 37. — Seignette, *trad. de Khalil,* Introduction, p. L.

(5) Cf. Vincent, *op. cit.*, p. 63, note *b*.— Amar, *trad. d'Al Ouancharisi*, t. I, p. 294. — Khalil, *trad. Seignette*, art. 2032.

(6) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2033.

(7) Van den Berg, *Principes du droit musulman*, p. 195. — Nawawi, *op. cit.*, t. III, p. 244.

(8) Khalil, *trad. Seignette*, art. 2034. — Nawawi, *op. cit.*, t. III, p. 244.

titutions bannies des législations modernes et que notre intention est, avant tout, de mettre en relief les particularités du droit musulman, — mais, aussi, parce que ce sont des institutions auxquelles les peuples musulmans, même les plus civilisés, tels que les Turcs, sont demeurés profondément attachés (1).

93. — *Talion.* — Les infractions qui emportent la peine du *talion* sont :

1° L'homicide volontaire, qu'il ait été prémédité, ou non (2) ;

2° Les coups portés volontairement sans intention de donner la mort, mais l'ayant, cependant, occasionnée (3) ;

3° Certains coups portés et certaines blessures faites volontairement (4).

Le coupable n'est, toutefois, passible du *talion* que s'il est de condition égale ou inférieure à celle de sa victime (5) ; — à moins qu'il ne s'agisse de blessure volontaire, auquel cas il n'y a pas lieu à talion quand le coupable est d'une condition inférieure à celle de celui qu'il a blessé (6).

Dans le cas d'homicide volontaire et de mort résultant de coups portés volontairement, la peine du *talion* est applicable à tous les coauteurs, — et aussi, à tous les complices, même à ceux dont la complicité est purement morale (7). — Il en est de même, au cas de blessures faites par plusieurs ; — si ceux-

---

(1) Sur le régime du *talion* et de la *composition* au IIe siècle de l'Hégire, cf. Abou Yousof Yacoub, *Le Livre de l'Impôt foncier*, trad. Fagnan, p. 237 et suiv.

(2) Coran, II, 173. — Khalil, *trad. Seignette*, art. 1703. — Ebn Acem, *op. cit.*, vers. 1548. — Nawawi, *op. cit.*, t. III, p. 106. — Charani, *op. cit.*, p. 457.

(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1715. — Dans les autres rites, on ne doit alors que le prix du sang ; cf. Charani, *op. cit.*, p. 456.

(4) Coran, V, 49. — Toutes les blessures volontaires n'emportent pas la peine du *talion*. Les docteurs musulmans entrent, à ce point de vue, dans des distinctions qu'il nous a paru superflu de reproduire. — Cf. Khalil, *trad. Seignette*, art. 1737 et suiv. — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1596. — Nawawi, *op. cit.*, t. III, p. 126 et suiv.

(5) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1711.

(6) « Car le coupable n'est, par rapport à la victime blessée, que comme une main paralysée qui s'est rendue coupable envers une main saine ». (Khalil, *trad. Perron*, t. V, p. 371).

(7) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1724 et 1725. — Nawawi, *op. cit.*, t. III, p. 108.

ci, cependant, ne se sont point concertés, et s'il est possible de déterminer la blessure faite par chacun, « chaque offenseur subira le talion de la blessure qu'il a faite » (1).

Dans les rites orthodoxes autres que le rite Malékite, la peine du *talion* ne peut être prononcée que si la preuve de l'infraction résulte de l'aveu du coupable ou des dépositions de deux témoins mâles (2).

Mais, dans le rite Malékite, s'il s'agit d'un homicide volontaire, ou d'un homicide involontaire mais déterminé par des coups portés volontairement, si la victime est un musulman libre (3) et s'il y a de graves présomptions de culpabilité, la peine du *talion* peut être prononcée, encore que la culpabilité n'aurait été établie que par la procédure de la *K'éçamat*, c'est-à-dire par le moyen de serments, au nombre de cinquante, prêtés par les proches parents mâles de la victime (4). — Mais, dans le cas où ces proches parents ou certains d'entre eux se seraient refusés à prêter les serments à eux déférés et où les cinquante serments auraient, alors, été référés à l'auteur ou aux auteurs présumés de l'infraction (5), — le refus de jurer opposé par ces derniers n'autoriserait pas le prononcé du *talion*.

Il est à remarquer, en outre, que si le rite Malékite autorise l'application du *talion* en certains cas, encore que l'infraction n'aurait été établie que par la procédure de la *K'éçamat*, il ne permet pas, s'il est plusieurs accusés, que tous soient mis à mort ; l'un d'entre eux, seulement, désigné par les parents de

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1736.

(2) Ibrahim H'alebi, dans Mouradja d'Ohsson, *Tableau général de l'Empire Ottoman*, t. VI, p. 197. — Omar bey Loutfy, *op. cit.* ; fasc. 1, p. 78 et suiv. — Nawawi, *op. cit.*, t. III, p. 194.

(3) « Il n'y a pas lieu à qéçamé dans le cas de blessures, ni lorsqu'il s'agit de la mort d'un esclave, ni entre Kitabys » (Ibn Abi Zaïd el Kairouani, *Risalat*, dans Vincent, *op. cit.*, p. 73 ; trad. Fagnan, p. 180. Mais l'homicide involontaire causé par des coups portés ou des blessures faites volontairement est traité comme l'homicide volontaire. Cf. Vincent, *op. cit.*, p. 64, note.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1853 et 1871 et suiv. — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1550.

(5) Vincent, *op. cit.*, p. 69, note *a*. — Khalil, *trad. Seignette*, art. 1883. — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1558, note 1424.

la victime ayant participé à la prestation des cinquante serments, sera exécuté [1].

Le droit de requérir l'application du *talion* appartient aux héritiers de la victime appelés à lui succéder en qualité d'*'aceb* [2] par eux-mêmes ; il appartient, également, aux femmes appelées à succéder, en qualité de *fardh*, qui, si elles avaient été du sexe masculin, auraient hérité (telles les filles, les sœurs germaines ou consanguines), en la qualité d'*'aceb* par eux-mêmes [3] ; — mais, ce droit leur est refusé quand elles succèdent en qualité d'*'aceb* par un autre ou d'*'aceb* avec un autre. C'est ainsi que, lorsque la fille est rendue *'aceb* par un fils, seul le fils peut poursuivre l'application du *talion* [4] ; — de même, si la sœur germaine ou consanguine hérite en qualité d'*'aceb* avec un autre, par suite de la présence d'une fille venant à la succession comme *fardh*, c'est à la fille, à l'exclusion de la sœur, qu'il appartient de requérir le *talion* [5]. — Il est à remarquer, en outre, que la peine du *talion* ne saurait être prononcée à la requête d'une femme, que si l'infraction a été établie par l'aveu du coupable ou les déclarations de deux témoins mâles, — le recours à la procédure de la *K'éçamat*, dès qu'il s'agit de *talion*, n'étant accessible qu'aux mâles parents par les mâles de la victime [6].

Si ceux à qui il appartient de requérir l'application du *talion*, sont tous héritiers *'aceb* par eux-mêmes de la victime, c'est-à-dire tous mâles, parents de la victime par les mâles, — dès l'instant que l'un d'eux a pardonné au coupable, l'application du *talion* devient impossible [7]. — Si les héritiers, qui seraient en droit de réclamer l'application du *talion*, sont tous du sexe

(1) Ebn Acem, *op. cit.*, vers. 1559. — Khalil, *trad. Seignette*, art. 1887.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1754 et 1781.
Sur la distinction des héritiers en *'aceb* et *fardh*, cf. notre *Avant-projet de Code musulman algérien*, art. 287 et suiv.

(3) Khalil, *trad. Perron*, t. V, p. 388.

(4) *Eod. loc.*, p. 387.

(5) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1776.

(6) Khalil, *trad. Perron*, t. V, p. 397. Ebn Acem, *op. cit.*, vers. 1556.

(7) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1775.

féminin, des filles, par exemple, ou des sœurs, le pardon concédé par l'une d'elles ne soustrait le coupable au *talion* que si le pardon a été ratifié par le juge (1). — Si les héritiers sont de sexes différents, des filles du défunt en concurrence avec des frères de ce dernier, ou encore des sœurs germaines en concurrence avec des frères consanguins, ou encore des sœurs en concurrence avec des cousins, le *talion* n'est rendu impossible qu'autant qu'il en a été fait remise, à la fois, par l'un des héritiers mâles et l'un des héritiers du sexe féminin (2). — Enfin, le *talion* deviendrait encore impossible, si le coupable venait à hériter, ne fût-ce que pour partie, de l'un de ceux qui avaient qualité pour le requérir contre lui (3).

Mais, le droit au *talion* demeurerait intact, si le coupable, qui aurait dû le subir, venait à être mis à mort ou mutilé par un autre que celui à qui appartient la faculté de le requérir, et c'est cet autre qui deviendrait, alors, passible du *talion* (4).

Dans le cas où celui qui a encouru la peine du *talion* doit être mis à mort, il « subit le genre de mort qu'il a lui-même infligé, dût-il être brûlé vif » (5), et le juge a la faculté de confier au plus proche héritier de la victime le soin d'exécuter la condamnation, en lui recommandant, toutefois, de s'abstenir de toute cruauté inutile (6).

Mais, dès l'instant que la peine à appliquer n'est point la peine capitale, le *talion* ne peut être appliqué que par un praticien expert (7).

Si le condamné doit subir plusieurs mutilations qu'il ne pourrait, sans danger de mort, se voir infliger simultanément, les

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1777.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1778.

(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1780.

(4) *Eod. loc.*, art. 1708.

(5) Khalil, *trad. Seignette*. art. 1790.

(6) *Eod. loc.*, art. 1768. — Sur les exécutions capitales à Alger, cf. Venture de Paradis, édit. Fagnan, *Alger au XVIIIe siècle*, p. 159 et 160. — *Tableau de la situation des établissements français dans l'Algérie*, t. I, p. 218. — Sur les exécutions capitales à Tunis, cf. P. H. X., *La politique française en Tunisie*, p. 369 et suiv.

(7) *Eod. loc.*, art. 1767. — Nawawi, *op. cit.*, t. III, p. 140.

mutilations devront être pratiquées successivement, à intervalles suffisants et en commençant par la plus forte [1].

Toutefois, si le coupable avait coupé le doigt d'une main à une personne et la même main à une autre, on se bornerait à l'amputer d'une main, sans lui faire subir, préalablement, l'amputation d'un doigt de cette main [2]. — De même, si plusieurs condamnations ont été prononcées contre le même individu, l'une emportant la peine de mort et les autres, des mutilations, la peine de mort, seule, sera exécutée [3].

C'est, alors, l'application de notre règle du non-cumul des peines, aux termes de laquelle, en matière de crimes et de délits, la peine la plus forte, seule, est prononcée. — Cf. El-Mawerdi, *trad. Fagnan*, p. 480 et 483.

94. — *Composition.* — C'est le *prix du sang*, c'est-à-dire le prix du sang payé par l'offenseur à la victime ou à ses proches, et moyennant la perception duquel la victime et ses proches renoncent au droit de tirer directement vengeance du coupable et de ses parents.

La *composition* peut être *conventionnelle* ou *légale*.

La *composition légale* est celle qui est imposée par la loi, qui, de plein droit, peut être exigée de l'offenseur, mais que celui-ci peut imposer à la victime et à ses proches, et en sus de laquelle ces derniers ne peuvent rien réclamer.

La *composition conventionnelle* est la *composition* librement débattue entre l'offenseur et l'offensé ou les parents de ce dernier, — que l'offensé ou ses parents avaient le droit de ne pas accepter et que l'offenseur était libre de ne pas promettre.

95. — *Composition conventionnelle.* — Pratiquement, les circonstances dans lesquelles interviennent des conventions portant stipulation d'une *composition*, sont les suivantes :

1° Celui qui aurait pu requérir le *talion*, renonce à le faire,

---

(1) *Eod loc.*, art. 1773.

(2 et 3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1795 et 1796.

moyennant la promesse d'une *composition* qui lui a été faite par le coupable [1].

Cette substitution semble avoir été recommandée par le Coran [2] ; — certains docteurs la blâment, cependant, dans le cas d'assassinat et en l'absence de circonstances atténuantes [3].

2° L'ayant droit à la *composition légale* et celui par qui elle est due, se mettent d'accord pour modifier le taux de cette *composition* ou les conditions de son paiement, en un mot pour substituer à la dette d'une *composition légale* la dette d'une *composition conventionnelle* [4].

Mais, de semblables conventions ne lient, comme toute autre convention, que les parties contractantes. — C'est ainsi que l'engagement de payer une *composition*, pris par le coupable seul, n'oblige pas ses proches, de même que l'engagement pris par ces derniers, en dehors du coupable, n'obligerait pas celui-ci à participer au paiement de la *composition* [5].

96. — *Composition légale.* — Il y a lieu à *composition légale :*

1° Dans le cas d'homicide par imprudence ou de blessures involontaires, — et de blessures volontaires n'emportant pas le *talion* [6] ;

2° Dans le cas où le *talion* devrait être appliqué, mais se trouve être matériellement inapplicable [7] : le coupable devrait avoir le bras droit coupé, et il est manchot du bras droit ; ou bien, encore, la blessure que devrait subir le coupable, entraînerait sa mort [8] ;

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1782. — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1564 et 1574. — Dans le rite malékite, le prix du sang ne peut être substitué au *talion* qu'avec l'agrément du coupable (Ebn Acem, *op. cit.*, 1566). — Dans le rite chaféïte, au contraire, cette substitution peut avoir lieu, même contre le gré du coupable (Nawawi, *op. cit.*, t. III, p. 144.

(2) II, 173 et 174.

(3) Van den Berg, *Principes du droit musulman*, p. 181 et 182.

(4) Pour les docteurs malékites, il s'agit, en l'espèce, d'une sorte de novation. — Cf. Khalil, *trad. Perron*, t. V, p. 401.

(5) *Eod. loc.*, p. 401 et 402.

(6) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1797 et 1812.

(7) *Eod. loc.*, art. 1835.

(8) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1596 et 1609.

3° Dans le cas où le *talion* est inapplicable légalement, en raison, par exemple, de ce fait que certains de ceux qui avaient le droit de le requérir, y ont renoncé purement et simplement ; le *talion* ne peut plus être appliqué ; mais ceux, parmi les proches de la victime, qui n'ont pas participé à la renonciation, ont, alors, droit à une part de la *composition* établie par la loi pour le cas de l'infraction qui a été commise [1].

La loi fixe, elle-même, le taux de la *composition* et les délais dans lesquels elle doit être payée.

Pour ce qui est du taux, il varie avec la religion des parties en cause, suivant qu'elles sont libres ou esclaves, suivant qu'il s'agit de citadins ou de pasteurs. — Il est à remarquer, toutefois, que, lorsque la *composition* est due pour blessures, ce n'est qu'exceptionnellement que la loi en fixe le taux ; elle laisse, en principe, au juge le soin d'en déterminer, dans chaque cas et après guérison, le montant [2]. Et cela se conçoit, la gravité d'une même blessure variant à l'infini, puisqu'elle dépend, dans une très large mesure, de l'état physique de celui qui la reçoit.

Mais, dès l'instant qu'il s'agit d'obtenir une condamnation à la *composition* établie par la loi, il est admis dans tous les rites, et non plus seulement dans le rite malékite, que la preuve de l'infraction peut être faite par la *K'éçamat* [3]. — D'autre part, le rite malékite, qui n'admet pas les femmes à la *K'éçamat* lorsqu'il s'agit de requérir le *talion*, les autorise, au contraire, à participer à la prestation des cinquante serments, lorsqu'il s'agit non plus du *talion*, mais de *composition légale*, et leur reconnaît le droit à une part de cette *composition* [4].

Si la preuve de la culpabilité résulte de l'aveu du coupable, ou si la *composition légale* à payer est inférieure au tiers de celle qui serait exigible pour le meurtre involontaire du cou-

(1) Khalil, *trad. Perron*, t. V, p. 398.

(2) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1812 et suiv. — Mais le juge est tenu d'allouer à la victime autant de *compositions* qu'elle a reçu de blessures distinctes. — *Eod. loc.*, art. 1830. — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1597.

(3) Cf. Omar bey Loutfy, *op. cit.*, fasc. 1, p. 80 et suiv. — Nawawi, *op. cit.*, t. III, p. 194.

(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1873. — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1590.

pable ou de la victime, la *composition* est à la charge exclusive du délinquant [1].

S'il y a lieu à *composition* parce que la peine du *talion* qui aurait dû être appliquée, ne peut l'être « par suite de l'absence du membre correspondant chez l'offenseur », la *composition* est encore à la charge exclusive de l'offenseur [2].

Enfin, s'il a été recouru à la procédure de la *K'éçamat* et si, les cinquante serments n'ayant point été prêtés par les proches de la victime, ces cinquante serments ont été référés aux contribules du coupable ou des coupables présumés, et que, parmi les contribules, certains se soient refusés à prêter les serments à eux référés, ceux-ci, seuls, seront tenus du paiement de leur quote-part de la *composition* [3].

Mais, il semble bien qu'en toute autre hypothèse, alors même que l'auteur de l'infraction serait connu, que sa culpabilité serait certaine, la *composition* est mise à la charge, non pas du coupable seul, mais du coupable et de ceux inscrits au même rôle de la milice, s'il est milicien [4], par contribution entre eux ; — du coupable et de la corporation dont il serait membre [5] ; — puis du coupable et de ses *'aceb* les plus proches, c'est-à-dire de ses parents mâles par les mâles du degré le plus rapproché [6] ; — puis, du coupable et de ses patrons, si le coupable est un ancien esclave [7] ; — puis du coupable et du *Beit el-Mal*, ou trésor public, si le coupable est musulman [8].

Enfin, si le coupable n'est pas musulman, on appellera, à contribuer au paiement de la *composition* ses coreligionnaires du même quartier, ou des quartiers et, même, des villages voisins [9].

Entre ceux à qui elle est due, la *composition* se répartit au prorata des droits de chacun dans la succession de la victime [10].

(1) Seignette, *trad. Perron*, t. V, p. 446. — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1585.
(2) *Eod. loc.*, p. 479.
(3) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1877. — Nawawi, *op. cit.*, t. III, p. 151 et 178.
(4) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1836. — Charani, *op. cit.*, p. 465.
(5) Van den Berg, *Principes du droit musulman*, p. 186. — Cf. Grandmoulin, *op. cit.*, t. II, p. 303.
(6) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1836. — Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1581 et suiv.
(7 et 8) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1836.
(9) *Eod. loc.*, art. 1837. — Charani, *op. cit.*, p. 465.
(10) Ebn Acem, *op. cit.*, vers 1574. — Kaïrouani, *Risala*, trad. Fagnan, p. 187 et 188.

Et, entre tous ceux qui en sont tenus, la composition est répartie au prorata des facultés de chacun [1].

En sorte que, dans nombre de cas, l'obligation de payer la *composition légale* pèse sur une collectivité ; c'est une dette collective.

Or, il est à remarquer que la dette est collective encore que le coupable serait connu, et que l'on ne demande à ce dernier qu'une quote-part de la *composition* à payer. — Certains, même, estiment qu'il n'a pas à participer au paiement de cette *composition*, parce que c'est la certitude qu'il avait de l'assistance de son *'ak'ilat*, qui l'a poussé au crime [2].

97. — Cette responsabilité du groupe social auquel appartient le délinquant, on la retrouve chez tous les peuples à une époque déterminée de leur histoire. Elle se rencontre aux époques où l'organisation judiciaire est rudimentaire, où le pouvoir social est faiblement armé et n'est point en situation d'assurer à chacun le respect de ses droits. L'individu lésé dans ses droits ne peut obtenir réparation du préjudice subi par lui qu'avec l'aide des siens, — de même que ce n'est qu'avec l'appui de ses proches qu'il est possible de se défendre contre la poursuite, peut-être injuste, dont on est l'objet. — Et, tout naturellement alors, la famille de l'offensé met directement en cause la famille de l'offenseur, non pas tant, peut-être, parce que les proches de ce dernier sont présumés avoir participé à l'acte dommageable comme co-auteurs ou complices, que parce que la famille de l'offensé a la certitude que toute tentative faite pour tirer vengeance de l'offenseur provoquerait l'intervention des parents de celui-ci pour s'opposer à l'exercice de cette vengeance et soustraire le criminel au châtiment [3]. — Et, le jour où le Souverain est suffisamment fort pour imposer la substitution de l'usage des *compositions* à la pratique des guerres privées, c'est entre ceux qui auraient participé aux hostilités que les conditions de la

---

(1) Khalil, *trad. Seignette*, art. 1839. — En ce qui concerne les rites hanéfite et chaféïte, cf. Charani, *op. cit.*, p. 466.

(2) Charani, *op. cit.*, p. 464.

(3) Charani, *op. cit.*, p. 464.

paix se débattront tout d'abord, et qu'elles se débattront longtemps encore, parce que le régime de la copropriété de famille se maintiendra longtemps encore, et que le coupable se trouverait, la plupart du temps, dans l'impossibilité, sans l'assentiment de ses proches, de payer la *composition* mise à sa charge.

Et, si la *composition* est mise à la charge, non seulement de l'offenseur et de ses proches, mais, aussi, de ceux inscrits au même rôle de la milice, des membres de sa corporation et des gens de son quartier, — c'est qu'à la base de ces groupes ou agglomérations, ainsi qu'on l'a établi [1] et que nous l'avons montré [2], est la famille. — Chaque unité de la milice était composée des membres d'une même tribu [3]; — les professions étant presque toujours héréditaires et les gens exerçant la même profession habitant généralement le même quartier, les membres de la même corporation et les habitants du même quartier avaient, le plus souvent, une origine commune; — en sorte que la responsabilité de la milice, celle de la corporation ou du quartier, ce ne sont que des aspects particuliers de la responsabilité collective pesant sur les membres de la famille ou de la tribu. — La preuve en est, notamment, dans ce fait que « les individus ou catégories d'individus sus indiqués, disent Malek, Chaféi, et Ahmed, n'entrent dans le paiement du diah que s'ils sont proches parents du coupable » [4].

Et, si ce régime de la responsabilité collective s'est maintenu si longtemps dans la plupart des pays musulmans, si nous l'avons retrouvé, notamment, dans les pays musulmans de l'Afrique du Nord [5], c'est que, comme nous l'avons indiqué déjà [6], pour les habitants de ces pays, les conditions de la vie ne se sont guère modifiées. Jusqu'à l'établissement de la France dans le Nord de l'Afrique, en effet, il n'était de sécurité,

---

(1) Seignette, *op. cit.*, p. 722.

(2) Cf. nos *Études de Droit musulman algérien*, p. 53 et suiv.

(3) Cf. Mawerdi, *trad. Fagnan*, p. 440 et suiv.

(4) Charani, *op. cit.*, p. 465.

(5) Cf. Arin, *Le talion et le prix du sang chez les Berbères marocains*, Archives Berbères, t. I, fascic. 2, p. 62 et suiv.

(6) Cf. nos *Études de Droit musulman algérien*, p. 88 et suiv.

pour l'individu, que dans sa famille et par sa famille. La solidarité, entre membres de la même famille, était restée la même ; on se devait la même assistance, aussi bien pour chercher à soustraire le coupable au châtiment, que pour arriver à obtenir justice. Les actes individuels provoquaient fatalement des interventions collectives, et, tout naturellement, la responsabilité de ces actes était demeurée collective [1].

Cette explication, d'ailleurs, les Musulmans eux-mêmes la donnent. Au cours de la guerre qu'il a soutenue contre la France, l'émir *Abd el-Kader* ayant souffert de déprédations commises par certains membres de tribus ralliées à notre cause, et voulant faire porter à ces tribus la responsabilité des actes dont il avait à se plaindre, demanda à un *fak'ih* de Fez, célèbre à l'époque, *Si Ali et-T'souli*, s'il était en droit de le faire ; — et le *fak'ih* répondit affirmativement, en invoquant, notamment, la considération suivante :

« Comme je l'ai déjà constaté chez les tribus de ce temps et chez d'autres également connues par l'appui et la protection effective qu'elles accordent au coupable, plus que celle qu'elles donnent par leur influence, il n'est pas douteux que, même celles qui n'ont pas commis des actes repréhensibles, sont condamnables aux lieu et place des coupables, même s'il n'est pas établi qu'elles aient été cause des actes commis ; en effet, elles ont au moins protégé celui qui a commis l'acte, par leur influence » [2].

(1) Chez les Aït ben Hosseïn (tribu des Béni-Mgild), « la dia est de 200 moutons. Elle est payée, non pas par l'assassin à la famille de la victime, mais par tout le douar du meurtrier au douar du défunt. Et le meurtrier ne paye que sa part de cette amende. *Cette responsabilité collective est une manifestation de la solidarité du douar*, seul élément de la nation Braber qui présente une réelle cohésion » (De Segonzac, *Voyages au Maroc*, p. 146, note 1).

(2) *Archives marocaines*, t. XI, p. 406.



TABLE DES MATIÈRES

ERRATA

P. 58, notes 3 et 4, au lieu de : Il semble bien qu'en France, M. Fagnan ait été un des premiers à signaler ce fait, — lisez : Il semble bien qu'en France, M. Fagnan ait été un des premiers à signaler ce fait *de l'importance du rôle attribué, par certains docteurs, à la coutume dans la formation du droit.*

P. 72, lignes 11 et 12, au lieu de : applani, — lisez : aplani.

P. 110, ligne 1, supprimez : 2°.

P. 121, ligne 25, au lieu de : exellents, — lisez : excellents.

P. 168, ligne 14, au lieu de : *h'alka't*, — lisez : *h'alk'at.*

ALGER — TYPOGRAPHIE JULES CARBONEL — ALGER

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

K M829315 Morand, Marcel
Introduction à l'étude du droit Musulman Algérien


UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 11 12 24 08 019 2